This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY.

Received May 27, 1903.

NUOVO

CODICE DI COMMERCIO

ITALIANO

—

COMMENTO

NUOVO

CODICE DI COMMERCIO

ITALIANO

TESTO - FONTI - MOTIVI - COMMENTI - GIURISPRUDENZA

PER GLI AVVOCATI

S. CASTAGNOLA — S. GIANZANA — L. MAURIZI
L. BOLAFFIO — A. SCEVOLA — F. BERLINGIERI — C. PAGANI
E. MASÈ-DARI — F. BO — E. CABERLOTTO

COLLA COLLABORAZIONE
DI ALTRI DISTINTI GIURECONSULTI

COMMENTO

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
83, Via Carlo Alberto, 83
1892

L. BOLAFFIO — E. MASÈ-DARI

DEL

FALLIMENTO

DELL'ESERCIZIO DELLE AZIONI COMMERCIALI

E DELLA LORO DURATA

COMMENTO

AI LIBRI TERZO E QUARTO

I.

Articoli 683-792.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33 — Via Carlo Alberto — 33
1892

Diritti di riproduzione e traduzione intieramente riservati alla Società Editrice.

Cominciando dal Titolo II, *Dell'Amministrazione del Fallimento*, secondo l'attuale Codice di commercio, non potendo il chiarissimo signor prof. Leone Bolaffio proseguire nello incominciato Commento, ne abbiamo, d'accordo collo stesso signor prof. Bolaffio, affidato il proseguimento al signor avv. Masè-Dari.

LEONE BOLAFFIO

IL CODICE DI COMMERCIO

COMMENTO

LIBRI TERZO E QUARTO

DEL FALLIMENTO

DELL'ESERCIZIO DELLE AZIONI COMMERCIALI
E DELLA LORO DURATA

LIBRO TERZO

DEL FALLIMENTO

TITOLO I.

DELLA DICHIARAZIONE DEL FALLIMENTO E DEI SUOI EFFETTI

Art. 683.

Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in istato di fallimento.

Sommario.

1. *Difficoltà intrinseche per una legislazione sui fallimenti.*
2. *Cause che possono produrre il fallimento.*
3. *Il giudizio di fallimento consiste in una esecuzione collettiva dei creditori.*
4. *Concetto giuridico del fallimento. Elementi che lo costituiscono.*
5. a) *Chi è commerciante — Prova di questa qualità — Effetto della sentenza che riconosce in taluno la qualità di commerciante (Giudizio civile di fallimento e giudizio penale per bancarotta).*
6. b) *Cessazione dei pagamenti — Suo concetto giuridico — Anche l'unico creditore può provocare il fallimento.*
7. *È inattendibile la distinzione tra cessare di far i pagamenti e sospenderli.*
8. *Prova della cessazione dei pagamenti — È censurabile in cassazione il concetto giuridico posto quale base del fallimento.*
9. *Di quali pagamenti si tratti.*
10. c) *La cessazione deve riferirsi alle obbligazioni commerciali.*

1. Allorchè il legislatore riforma una legge sui fallimenti, è convinto di mettere riparo ad un grave male che turba le regolari funzioni del commercio e del credito nell'organismo economico del paese. I suoi provvedimenti, frutto di lenta e pensata elaborazione, si enunciano, non dirò quale panacèa del male deplorato, chè sarebbe irriverente; ma certo quale rimedio efficace, se non a togliere, ad attenuare i danni, e a far sparire la massima parte degli inconvenienti che si deploravano con la legge che va a cessare. Ma fatalmente l'aspirazione non è coronata dal successo. Chè, se vi è parte della legislazione commerciale che più presenti il fianco alla critica, e più lasci a desiderare nella pratica, è appunto quella che disciplina l'istituto del fallimento. — Ma dunque, sarà egli impossibile creare una legislazione che tragga dall'esperienza del passato ammaestramenti tali da soddisfare alle esigenze, anche le più modeste, del presente? Questo non credo; anzi, a dir tutto, ritengo che la legislazione sui fallimenti contenuta nel Codice del 1882, e del cui commento devo occuparmi, rappresenti un progresso, se non grande, almeno notevole, sulla legislazione abrogata. Però se essa tolse parte degli inconvenienti che si lamentavano sotto il vigore di questa, altri ne creò, più che tutto per l'imperfetta conoscenza del nuovo legislatore della tecnica legislativa e per quella scorretta dicitura che è deplorevole e deplorata in tutto il Codice.

Ma io voglio supporre che il nuovo legislatore avesse saputo darci un Codice, non solo migliore del cessato, ma per se stesso ottimo. Ebbene: sono convinto che, malgradò ciò, questo Codice non avrebbe soddisfatta interamente l'opinione pubblica, nè l'esperienza avrebbe offerti quei risultati, che pure, astrattamente, e avuto riguardo alla perfezione legislativa del nuovo istituto, si sarebbero dovuti attendere. — Di questo curioso fenomeno dà una spiegazione il RENOUARD, nella relazione che precede la legge francese del 1838. Egli, cioè, osserva che: " in questa materia, dove non vi ha che danni per tutti; dove non si tratta che di regolare delle perdite; dove nessun vantaggio a favore di taluno deve mescolarsi nel disastro generale — la legge migliore è inevitabilmente esposta a vedersi imputare quanto vi ha di disastroso e di inevitabile nella condizione delle cose che è chiamata a regolare „.

È giusta l'osservazione del Renouard, ma non è completa, in quanto non dà la intera spiegazione della manchevolezza connaturale di ogni legge sui fallimenti. — È vero, cioè, che ogni creditore, cercando nel rifugio del fallimento la propria salvezza, s'accorge poi che le previdenze legislative si spuntano dinanzi alla inevitabilità dei fatti e a difficoltà realmente insuperabili per quanto previste. La riparazione del danno, derivante da una catastrofe commerciale, può ottenersi bensì più rapidamente ed efficacemente dei mezzi ordinari con una legge sui fallimenti, ma ottenersi completa, quale ogni danneggiato giustamente desidera, non è possibile. La riforma della legge, per conseguire questo risultato, dovrebbe essere preceduta da una troppo radicale riforma della pubblica moralità e dei costumi sociali.

Ma io diceva che quella manchevolezza congenita è spiegata anche da altro motivo, ed è il seguente. — Ogni legge mira a disciplinare una categoria di rapporti e di fatti fra loro omogenei, che hanno, se non identità di cause e di effetti, almeno una certa analogia nelle loro linee generali. Così non è nel fallimento. Una catastrofe economica può cogliere il commerciante sventurato, come essere apparecchiata di lunga mano, e con malvagità di propositi, dal commerciante disonesto. I due scogli di ogni legislazione sui fallimenti sono appunto questi: da un lato, l'esagerazione delle misure repressive, delle presunzioni sospettose sulla validità di certi atti, la completa confisca dell'attività giuridica del fallito

a profitto dei creditori, vera servitù economica del commerciante insolvente; misure queste che evidentemente mirano a colpire la disonestà, e non la sventura; — dall'altro, una soverchia mitezza, specialmente nell'agevolare gli accordi privati per sopprimere lo stato di fallimento, mitezza intesa più che altro a soccorrere lo sciagurato, travolto suo malgrado dai marosi infidi del commercio. Questa ibrida condizione di cose, che una medesima legge deve disciplinare, spiega il perchè il legislatore è trattenuto così dall'esercitare una troppo inflessibile severità, come una troppo benigna e pericolosa indulgenza verso i falliti. Ma spiega altresì il motivo perchè una legge sui fallimenti, destinata a regolare fatti e rapporti dipendenti da cause così diverse e contraddittorie, non possa offrire nella pratica quei risultati, che il legislatore si riprometteva e i cittadini aspiravano di conseguire.

2. E appunto la considerazione che la diversità delle cause, che provocano il fallimento, ne rende più difficile una uniforme legislazione, conduce, per connessione logica, a dire brevemente di queste cause.

La derivazione grammaticale della voce *falliti* ne traccia l'angustiosa fisonomia. *Fallere:* ingannare, cadere; chè il fallito inganna i creditori, non solo quando li froda, ma sempre, venendo meno alla fiducia che in lui avevano riposta; chè il fallimento è una caduta, una rovina dallo stato di solvenza a quello di non solvenza (1). Ma questa caduta tanto può essere effetto inevitabile della sventura, quanto della malignità del fallito. Già lo Straccha (2) tracciava le tre categorie dei *decoctores* in questi termini: *Decoctor est qui fortunae vitio* (e più propriamente lo Scaccia (3) *fortunae injuria*), *vel suo, vel partim fortunae partim suo vitio, non solvendo factus foro cessit... Is namque fortunae vitio, decoxisse dicitur, qui* (*finge*) *maris tempestate suborta merces, et bona perdiderit, vel a piratis direptus fuerit .... Vitio autem suo decoquit, qui bona sua dissipando atque dilacerando profundit, vel quia ludo merces perdat..... Tertium genus decoctorum est illorum, qui partim fortunae partim suo vitio decoxere, quos admista culpa humiles et deploratos ac miseratione indignos redit.* Cosicchè, pegli insegnamenti dello Straccha, seguiti dallo Scaccia, di questa triplice categoria di falliti, la prima soltanto sarebbe degna di commiserazione. Per le altre due varrebbe il reciso, quanto spietato apoftegma del Baldo: *Decoctor, ergo fraudator* (4).

È con questa distinzione, non messa in luce a sufficienza da scrittori anche più recenti, che si comprende e si giustifica il linguaggio aspro, velenoso, e le acri invettive dei maggiori nostri commercialisti contro i falliti. Giacchè, pur fatta ragione alla diversa condizione dei tempi, non si comprenderebbero; se appunto non si avvisasse che quei fieri giudizi sono indirizzati contro falliti disonesti. Infatti Baldo li chiama *infami et infamissimi;* non si perita di dire che, *more antiquissimae legis, deberent tradi creditoribus laniandi;* perchè li giudica: *faciles ad nuntiendum et colludendum, et a communiter accidentibus sunt deceptores et fraudatores.* E sintetizza il proprio giudizio appunto con la formula: *Est decoctor, ergo fraudator!* Nè altrimenti si esprimono Straccha (5) e Casaregi (6).

Anche allora che nel Corpo legislativo

(1) Vidari, *Corso di dir. comm.*, viii, n. 4293. Il Guerrazzi, nel discorso *Del fallimento*, ed il Giusti, nei *Proverbi toscani*, ricordano l'arguta e pepata allusione, con cui il toscano, scomponendo la voce *fallire*, e lasciando una *l* per via, la deriva da *fa-lire!...*

(2) Straccha, *De decoctoribus*, P. ii, n. 1, 2.
(3) Scaccia, § 7, gloss. 5, n. 149.
(4) Baldo, *Cons.* 400, L. v, n. 1.
(5) Straccha, P. iii, n. 22.
(6) Casaregi, *Disc.* 209, n. 47.

di Francia si venne a discutere delle cause provocatrici il fallimento, la distinzione fu egregiamente tracciata. Conviene evitare — diceva il consigliere di Stato Segur, nella esposizione dei motivi (1) — così di considerare il fallito in ogni caso quale uno sventurato, come di ritenerlo sempre un malfattore da tradursi dinanzi ai tribunali, anche se la sventura o la forza delle circostanze lo abbia posto nella impossibilità di soddisfare ai suoi impegni. " Spesso il fallimento (aggiungeva in forma smagliante) è un naufragio, di cui non può incolparsi che il destino. Il commercio ha le sue tempeste come l'oceano. Gli avvenimenti del mondo, gli sconvolgimenti della politica, la guerra, la pace, la carestia, la stessa abbondanza, provocano cambiamenti imprevisti, comunicano subitanee commozioni al commercio, deludono le più acute combinazioni. Spesso un negoziante ingannato nella sua fiducia, oppresso da fallimenti di altri commercianti, si trova costretto a mancare ad obblighi che pur riteneva di poter soddisfare „.

Nè si creda che il Segur, il Treilhard, il Fréville, il Tarrible, che riferirono al Corpo legislativo — quali oratori del Governo i primi due; quali oratori del Tribunato i due secondi — avessero facile còmpito per demarcare la distinzione da farsi tra il commerciante fallito in causa della sventura ed il fallito per cattiva condotta o malafede. Infatti NAPOLEONE, che aveva preso parte assidua ed attiva alle discussioni del Consiglio di Stato per la formazione della legge sui fallimenti, diceva fra altro (2): " Io non comprendo una distinzione fra bancarottiere e bancarottiere. — Chi ammazza un uomo anche accidentalmente, per es., alla caccia, è arrestato quale prevenuto d'un reato; si esamina poi se è reo o innocente. Nei costumi attuali la severità è un bisogno. La bancarotta serve a creare una fortuna, senza far perdere l'onore: ed è ciò che bisogna impedire. Bisogna impedire, cioè, che il fallito non ostenti un'aria di trionfo o almeno di indifferenza; che si presenti almeno al pubblico con l'aspetto abbattuto d'un uomo che fu vittima della sventura. E poichè il costume ha preso un diverso indirizzo morale, bisogna correggerlo: l'arresto del fallito produrrà questo effetto „. — Il presidente gli faceva bensì osservare che non può privarsi della libertà un uomo, se prima non se ne esamina la condotta, la quale giustifichi questa grave misura. Ma Napoleone rigidamente ribatteva l'obbietto, affermando che in ogni fallimento vi è un delitto, perchè il fallito commette una colpa verso i suoi creditori. " È possibile che non vi sia cattiva intenzione, sebbene il caso sia raro; ma il fallito ad ogni modo potrà giustificarsi „. In una parola: l'imperatore voleva che il fallito fosse messo subito in uno stato di umiliazione, corrispondente alla sua condizione economica.

Bisogna pur riconoscere che la mente acuta e sagace aveva rivelato a Napoleone tutta la gravezza del male, che per mutar di tempi non ha perduto d'intensità e di estensione. Ma egli peccava per difètto di analisi, piuttostochè di sintesi. In realtà, credo anch'io che i fallimenti dolosi e colposi siano in numero ben maggiore di quelli che sono conseguenza unica e necessaria della sventura, sovra tutto perchè sono d'avviso che il cimentarsi nelle speculazioni commerciali senza, o con inadeguati capitali materiali e intellettuali, costituisca già una colpa; — e darò in seguito del lavoro la dimostrazione di questo mio assunto. Nè quindi sottoscrivo al parere del mite Massé (3),

(1) Seduta del 3 settembre 1807 (LOCRÈ, XII, pag. 243).

(2) Seduta del 28 luglio 1807 (LOCRÉ, XII, p. 215, verb. XXIII).

(3) MASSÉ, *Droit commerc.*, II, num. 1176; — Conf. RENOUARD, *Traité des faillites et banq.*, I, pag. 194.

che suppone in minoranza i fallimenti fraudolenti o colpevoli, e in maggioranza quelli che sono il prodotto necessario degli avvenimenti commerciali e industriali, in mezzo ai quali il commerciante passa la propria esistenza. — Ma ammetto però che la sola possibilità di questi fallimenti non colposi, quale ne possa essere l'entità, è sufficiente per mettere in guardia il legislatore a non adottare indistintamente misure coercitive, che per molti falliti richiamerebbero le atrocità passate, e sconverrebbero ai costumi più tolleranti e benigni dei giorni nostri. E mi piace fin dalle prime pagine aver manifestato il concetto dominante, che informerà questo mio lavoro. È un sentimentalismo morboso pei falliti, è il convincimento che la sventura ne determini nella maggior parte dei casi la catastrofe, meglio che la colpa o l'inganno, che consiglia gli autori ad accogliere le più benigne soluzioni a favore dei debitori falliti, e quindi, per contraccolpo, a danno o della società o del pubblico credito o dei creditori. Io, pur ammettendo il contributo della sventura, anche isolata, nella catastrofe del fallimento, non mi dipartirò mai dal concetto fondamentale che sopra ho enunciato. Non dimenticherò, cioè, che una legge sui fallimenti deve tutelare il credito commerciale, l'ordine economico, che è parte sostanziale dell'ordine pubblico (1); che la buona fede è il cardine delle contrattazioni commerciali: *bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii* (2); e che: *favore commerci a regulis juris recedendum est si bona fides commercii laederetur* (3).

3. Prima di studiare il fallimento sotto l'aspetto giuridico, per fare l'analisi degli elementi che lo costituiscono, interessa una ricerca preliminare. Il fallimento è una misura semplicemente conservatoria o è un mezzo di esecuzione aggiunto a quelli contemplati dal Codice di proc. civile? Gli scrittori, nella generalità, qualificano il fallimento quale atto conservativo. " Anche i creditori a termine, osserva fra gli altri il Namur, possono chiedere il fallimento, sebbene il termine non sia scaduto. Si tratta d'un *atto conservativo*, necessario per impedire al debitore di dissipare i beni che formano il pegno dei creditori „ (4). Nel commento all'art. 687 (§ 16) tratterò la questione speciale, accennata dal Namur, sul diritto dei creditori a termine e condizionali di chiedere l'apertura del fallimento. Qui mi basta accennare il mio dissenso dall'opinione più generalmente ricevuta, e dichiarare che io ritengo il fallimento una vera misura esecutiva. Dice in proposito il Sacerdoti (5): " il giudizio di fallimento consiste in una esecuzione collettiva dei creditori sulla generalità dei beni dell'obbligato, col duplice intento di impedire che si compromettano maggiormente le ragioni dei creditori, crescendo il dissesto economico del debitore, e di pareggiare i creditori chirografari nel soddisfacimento del loro avere sull'attivo del fallito „.

Il fallimento è una misura conservativa come lo è il pignoramento, nel senso che assicura i beni pignorati, nel tempo stesso però che inizia sopra i medesimi il giudizio di esecuzione. Il fallimento, cioè, nel mentre è una esecuzione generale su

(1) " Le norme del fallimento riguardano oltre l'interesse privato, anche, se pur non si voglia l'ordine pubblico, certo però l'intero commercio e la società, sotto il duplice rapporto delle ragioni economiche e del pubblico credito „. Così la Corte d'appello di Venezia nella sentenza del 13 luglio 1880, Ostani c. Gentili (*Temi Veneta*, v, 415).

(2) CASAREGI, *Disc.* 144, n. 10.

(3) CASAREGI, *Disc.* 144, n. 11.

(4) NAMUR, *Cod. de comm. belge*, III, n. 1618.

(5) SACERDOTI, *Del fallimento, teoria fondamentale*, Verona, Drucker e Tedeschi, 1881, pag. 73.

tutti i beni del fallito, mobili ed immobili, vincola questi beni a favore dei creditori esistenti al giorno dell'apertura del fallimento. L'effetto conservativo è connesso necessariamente ad ogni atto di esecuzione. Ma la natura esecutiva è preminente, perchè scopo essenziale del fallimento non è quello di fermare la sostanza del fallito, impedendo ogni futura distrazione; bensì di attuare quel procedimento che ha l'obbiettivo di liquidare il passivo, di realizzare l'attivo, e ripartirne il ricavato fra i creditori, tenuto calcolo dei loro diritti di priorità anteriormente e legittimamente acquistati (1). — Il legislatore volle concedere questo mezzo speciale di esecuzione a tutela del commercio, perchè il credito di cui ha bisogno, i rischi a cui espone, lo esigevano. Solo potrà discutersi se il regime del fallimento non presenti tali vantaggi, da potersi estendere in avvenire anche ai privati non commercianti. Ma questa è aspirazione scientifica; nè è qui la sede opportuna per giustificarla.

Infine la stessa origine storica viene a corroborare l'avviso che il fallimento è misura esecutiva. Perchè, se in epoche più remote prevalse a favore dei creditori la esecuzione personale in confronto della reale; col progredire dei tempi, col mutarsi dei costumi, coll'accrescersi la privata ricchezza, si venne restringendo la esecuzione personale di quanto si allargavano le garanzie reali, attuandosi il pratico insegnamento del Digesto che: *plus cautionis in re est, quam in persona* (l. 25, ff. *De reg. jur.*). Ed allora si svolgono gli istituti della *missio in bona* e della *cessio bonorum*, ambedue misure esecutive, che devono riguardarsi quali forme embrionali della moderna procedura di fallimento, comunque deficienti di alcuni elementi caratteristici del medesimo (2). La *missio in bona* assicurava dapprima la conservazione dei beni del debitore; e quindi si completava con la *venditio bonorum*, per cui il ricavato dei beni venduti si ripartiva fra i creditori: effetti conservativo ed esecutivo, i quali, come si è notato, sono propri appunto della procedura di fallimento (3).

4. Il concetto giuridico del fallimento, quale si desume dall'articolo che si commenta, è il seguente: lo stato del commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali. — Gli elementi dunque che lo costituiscono, e che saranno da esaminarsi partitamente e con particolare diligenza, sono questi: — *a*) la persona del commerciante; — *b*) la cessazione dei pagamenti; — *c*) la natura commerciale delle obbligazioni, delle quali è cessato il pagamento.

5. *a*) L'art. 8 del Codice definisce il commerciante colui che esercita atti di commercio per professione abituale. Nel concetto pertanto giuridico del commerciante concorrono questi due requisiti: l'atto di commercio, e l'esercizio professionale ed abituale di questi atti.

Il Codice (art. 3) non definisce l'atto di commercio. Enuncia bensì, e in via dimostrativa soltanto, ventiquattro categorie di atti che sono per loro natura commerciali. Ogni altro atto, che abbia la fisonomia economica identica a quella degli atti enumerati dal Codice, ha da ritenersi commerciale. E i tratti caratteristici di ogni atto di commercio sono questi due: la intromissione per la speculazione. L'atto di commercio, cioè, risulterebbe dall'impiego dei capitali e del lavoro nella circolazione dei valori

(1) Questo concetto apparisce accolto anche dal nostro legislatore. — Nel verbale CXXX, n. 761, si legge infatti: " Il giudizio di fallimento è una esecuzione generale sui beni del debitore fallito, a vantaggio di tutti i creditori „.

(2) SACERDOTI, *Il Fallimento*, nella *Enciclopedia giuridica* del VALLARDI, num. 5.

(3) Si consult.: GARRAUD, *De la déconfiture*, p. 19; FREMERY, *Études de droit comm.*, p. 350; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de droit comm.*, II, num. 2524.

destinati alla riproduzione, con la mira diretta e contemporanea di chi spiega l'opera o devolve il capitale di ricavarne profitto (1).

La legge parla di *atti di commercio* in numero plurale, appunto perchè altro è fare uno o più atti di commercio isolatamente, altro è esercitare questi atti con quella continuità e reiterazione che imprime in chi li fa il carattere di commerciante. Però si avverta bene che molte volte anche l'esercizio di un singolo atto di commercio può imprimere in chi lo attua questo carattere, tutte le volte cioè che l'atto medesimo, sebbene considerato nel suo complesso e nella mira di chi lo fa, sia unico, tuttavia esso è la risultante di una serie di operazioni tutte convergenti ad una sola speculazione commerciale. Tali sono le imprese. L'organizzare i fattori economici che concorrono a costituirle, e l'attuare quel complesso di operazioni, di cui ogni impresa necessariamente si compone, sono elementi sufficienti ad indurre la volontà dell'agente di assumere la qualità di commerciante (2).

L'esercizio degli atti di commercio deve essere fatto per *professione abituale*. E la Relazione Mancini spiega esattamente, seguendo l'insegnamento del Pardessus (3), il concetto racchiuso in questa formula, dicendo che deve trattarsi " di un esercizio così frequente e consecutivo da costituire in certa guisa una speciale condizione di esistenza e di vita sociale „. Sicchè, bene chiariva codesto elemento, costitutivo la qualità di commerciante, la Corte d'appello di Venezia (4). " L'abitualità della professione — così la Corte — va intesa nel senso che il commerciante fosse sempre disposto ad esercitarla e l'abbia esercitata ogniqualvolta se ne sia a lui presentata l'occasione; non certo in quella dell'esclusività o della non interrotta continuità, per modo che non dovesse avere altra occupazione anche lucrosa, o che senza intervallo dovesse dedicarsi a quella. La continuità non è elemento necessario al concetto giuridico dell'abitudine nella professione commerciale; mentre anche colui, che apre un negozio e annunzia al pubblico che intende di esercitare la professione di commerciante con la vendita di certe mercanzie, è, senz'altro, secondo la giurisprudenza francese, un commerciante, perchè l'apertura del negozio è già un fatto che stabilisce la professione, inquantochè fa necessariamente presumere la disposizione ad occuparsi abitualmente d'atti che concernono quel ramo di mercatura „. — Opinione codesta che mi pare corretta, perchè nell'apertura al pubblico dello stabilimento di commercio ravvisa la più esplicita dichiarazione di commerciante in chi intende esercitarlo (5).

A completare l'analisi degli elementi che costituiscono il commerciante è da aggiungersi: che chi esercita per professione abituale atti di commercio, deve compierli in nome proprio; escludendo perciò che tutti quei rappresentanti, dei quali un commerciante può servirsi quali organi giuridici o tecnici nell'esercizio del proprio commercio, possano considerarsi quali commercianti.

Ma a chi incomberà la prova della qualità di commerciante? Il principio fonda-

(1) La dimostrazione ampia della definizione sopraccennata procurai darla trattando degli atti di commercio nel *Codice di commercio commentato*, edito dalla Ditta Drucker e Tedeschi, specialmente al n. 16 e seg., e n. 107 del vol. I.

(2) Conf. Corte d'app. di Lucca, 23 dicembre 1863 (*Racc. giur. it.*, 1863, 2, 266) e di Bologna, 31 gennaio 1885 (*Annali giur. it.*, 1885, 2, 131).

(3) PARDESSUS, *Cours de droit comm.*, n. 78.

(4) Sentenza 4 giugno 1879, fallimento Sandri c. Sandri (*Eco della giurisp. comm.*, III, 331).

(5) Si vegga il mio *Codice di comm. commentato*, n. 107, in cui sono accennate le autorità di dottrina e di giurisprudenza, favorevoli e contrarie all'opinione che non occorra lo sviluppo dell'industria e del commercio, ma sia sufficiente l'apertura dello stabilimento, per attribuire la qualità di commerciante al suo proprietario.

mentale del diritto probatorio, per cui la prova dell'azione o dell'eccezione sta a carico di chi afferma un fatto in giudizio, rimane inalterato anche nel caso che si debba stabilire in giudizio la qualità di commerciante.

Ed in qual modo questa prova potrà darsi? Con tutti i mezzi atti ad indurre nel giudice il convincimento della effettiva esistenza della qualità di commerciante. Saranno elementi diversi, disparati, non essendo còmpito agevole penetrare nella vita economica d'un individuo per scrutarne e vagliarne gli atteggiamenti, e dimostrare che tutti convergono per abitudine all'esercizio professionale del commercio. " La notorietà pubblica — così il Pardessus (1) — l'opinione generale avrà una grande importanza, in quanto che essa si forma da notizie abituali. Si potrà anche invocare con successo la qualità di commerciante presa in atti da colui che la nega; l'aggregazione di questi in assemblee di commercianti; le convenzioni o atti di procedura nei quali ha agito come tale „. Ma, ben s'intende, che questi sono tutti indizî o presunzioni, mentre ciò che deve provarsi concretamente è l'esercizio professionale di atti di commercio. Quindi il solo addurre uno o più atti, in cui taluno siasi qualificato commerciante, e pretendere che da questa semplice dichiarazione, non sorretta da altre prove od indizî, il giudice tragga il convincimento della qualità di commerciante, sarebbe un errore, e gravissimo. La realtà dei fatti è superiore alla finzione delle parole, e perfino alla volontà delle parti. E il Beslay (2) scrive benissimo: " Il non commerciante, malgrado le qualifiche che potè ricevere o darsi, resta quello che è, e quindi non commerciante, e può quindi rivendicare una qualità che non potè dimettere „.

Se si fa appello alla notorietà che taluno è commerciante, dovrà questa notorietà stabilirsi a mezzo della prova testimoniale, assunta con le forme regolari dinanzi l'autorità giudiziaria presso cui pende la causa. Non basteranno quindi quegli attestati stragiudiziali, quasi sempre compiacenti, e sempre inattendibili, perchè rilasciati senza alcuna garanzia di legge, e perchè riferiscono un apprezzamento a cui manca l'appoggio dei fatti, sui quali soltanto il testimonio può essere chiamato a deporre. È per questo medesimo motivo che, malgrado il dissenso di valorosi scrittori, trovo di non decampare dall'avviso che nemmenò il giudice commerciante, dove esiste un tribunale di commercio, possa accertare nella sentenza la qualità contestata di commerciante, solo per informazione diretta e personale (3). Ammetto, invece, che una sentenza, la quale riconosce avvenuto, e dichiara un fallimento, non ha bisogno di dichiarare che il fallito era commerciante e che tale qualità era provata. Nella dichiarazione di fallimento è implicita l'affermazione che il fallito è commerciante, qualità questa presupposta siccome voluta dalla legge per poter pronunciare il fallimento (4).

Per completare finalmente l'esame di questo primo requisito riferibile alla qualità di commerciante, dirò che sebbene questa qualità sia dichiarata incompatibile dal legislatore con le funzioni di giudice (art. 14 della legge sull'ordinam. giudiz.), di console di prima categoria (art. 4 della legge consolare 28 gennaio 1866), di notaio (art. 2 della legge 25 maggio 1879), di pro-

(1) PARDESSUS, *Cours de dr. comm.*, n. 79

(2) BESLAY, *Des commerçants*, n. 137.

(3) Si vegga il mio *Codice di comm. commentato*, n. 109; — Conforme CASTAGNOLA, *Il nuovo Codice di comm. ital.*, n. 190.

(4) Corte di cassazione di Torino, 31 maggio 1878, Tua e Gazzena c. Miglietti (*Giurisp. comm. ital.*, 1878, I, 18).

curatore e di avvocato (art. 43 e 13 della legge 8 giugno 1874) e di ufficiale dell'ordine amministrativo (art. 244 Cod. pen.) — tuttavia, se queste persone esercitano per professione abituale atti di commercio, acquistano anche la qualità di commerciante e possono per conseguenza fallire. Chi assume un determinato ufficio, pel cui prestigio il legislatore ritenne opportuno vietare a chi l'occupa atti che potrebbero lederlo, si obbliga a rispettare il divieto, sottoponendosi altrimenti alle comminatorie da cui la proibizione dovrà essere sorretta. Ma non ne deriva la conseguenza di ritenere come non fatti legalmente quegli atti che sono la manifestazione libera e spontanea di una volontà capace di obbligarsi. E nemmeno potrà ammettersi che quando dall'esercizio professionale di quegli atti, la legge desume una speciale qualità in chi li ha esercitati, si possa deviare da questa conseguenza, solo per la funzione sociale di chi li ha compiti.

È poi naturale che non si debba confondere l'*incompatibilità* di funzioni, con la *incapacità* ad esercitare il commercio. Perchè taluno possa dichiararsi fallito, occorre che la qualità di commerciante esista in lui in fatto ed in diritto al momento in cui compie le obbligazioni, per l'inadempimento delle quali si cade nel fallimento. In altre parole: non è sufficiente l'esercizio di atti di commercio per professione abituale, ma occorre altresì che si possano legalmente effettuare. Un minore non validamente autorizzato ad esercitare il commercio (art. 9 Cod. comm.), la moglie senza il consenso tacito od espresso del marito (art. 13 Cod. comm.), l'inabilitato senza il consenso espresso del curatore (art. 339 Cod. civ.) (1) non possono esercitare legalmente il commercio. E quindi, anche se compissero atti di commercio, e li compissero per professione abituale, non potrebbero mai dichiararsi falliti.

Si faccia ora l'ipotesi che taluno sia stato dichiarato commerciante con sentenza passata in giudicato. Potrà egli, in altro giudizio, vuoi in confronto di terzi, vuoi in confronto della stessa parte con cui si dibattè la precedente causa, contestare di nuovo la propria qualità di commerciante? Indubbiamente (2). — Anzitutto la questione sulla qualità di commerciante non può sorgere se non incidentalmente in un giudizio principale, quale mezzo diretto a sorreggere l'azione o l'eccezione. Un giudizio principale per far giudicare *ex capite* che taluno è commerciante è inconcepibile: e, per difetto di interesse in chi lo provoca, si risolverebbe in un giudizio provocatorio, di iattanza o in un'azione analoga. — È un errore fare della qualità di commerciante una questione di stato, così da poter costituire l'obbiettivo di un'azione diretta. La questione di stato risulta da rapporti naturali riconosciuti dalla legge civile. La qualità di commerciante non indica invece che l'esercizio d'una professione; non è che la manifestazione dell'attività d'un uomo e limitatamente al tempo in cui si spiega. Orbene: se la qualità di commerciante non può sorgere che incidentalmente in una lite principale, essa non può estendere i suoi effetti oltre i confini della contestazione nella quale fu elevata. Il magistrato non giudica dell'eccezione che nei limiti entro i quali giudica dell'azione. E, per conse-

(1) E pensare che la Corte di cassazione di Torino potè sentenziare che l'inabilitato per prodigalità, che ha esercitato il commercio senza il consenso del curatore, assume egualmente la qualità di commerciante e può essere sottoposto a processo penale per bancarotta! (decisione del 29 luglio 1885, ric. Gastaldetti, *Annuario critico della giur. comm.*, III, n. 154, con le osservazioni critiche da me ivi fatte).

(2) Qui mi limito a riassumere la questione per sommi capi, avendola svolta diffusamente nel *Codice di comm. commentato* al n. 110.

guenza, non solo la dichiarazione che uno è commerciante non fa stato di cosa giudicata che fra le parti che la provocarono, ma anche tra esse ha effetto unicamente per il tema di quella lite in cui l'indagine fu effettuata. Mutando l'oggetto o la causa della domanda, può riproporsi fra le medesime parti la identica questione.

La tesi in esame assume grandissima importanza nel giudizio di fallimento. Infatti può verificarsi il caso che la qualità di commerciante si contesti dinanzi al giudice civile per la pronuncia di fallimento, e dinanzi al giudice penale per il reato di bancarotta. Il giudice, che primo abbia statuito sulla detta qualità, vincola col proprio giudizio il secondo? O il magistrato penale deve sospendere il proprio giudizio sulla qualità di commerciante presso di lui contestata, per rimetterla alla decisione del magistrato civile che non abbia ancora pronunciata la sentenza di fallimento? — La mia opinione è questa: che vi ha assoluta indipendenza fra i due giudizî, cosicchè, e il giudice civile e il giudice penale possano ambedue effettuare quell'indagine e statuire sulla medesima, senza che il pronunciato dell'uno vincoli l'apprezzamento e il pronunciato dell'altro.

Infatti, pel nostro Codice di procedura penale (art. 32, 33) il giudizio del magistrato in sede penale si collega al giudizio del magistrato in sede civile in due soli casi: in quello, cioè, in cui si tratti di soppressione di stato, e la rimessione delle parti al giudice civile è obbligatoria; e nell'altro caso di reati contro la proprietà o altro diritto reale, qualora l'imputato deduca l'eccezione *feci, sed jure feci*, nel qual caso però la remissione è puramente facoltativa, potendo il giudice penale decidere egli medesimo l'eccezione riguardante la proprietà o qualunque altro diritto reale. In tutti gli altri casi, e quindi anche in quello di cui qui si tratta, è *obbligo* del magistrato penale di conoscere di tutte le eccezioni pregiudiziali civili, la cui soluzione è indispensabile, quasi antecedente logico del giudizio, per statuire sul reato e pronunciare sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato.

Il giudice commerciale pertanto non afferma la qualità di commerciante nel fallito se non per concludere che la cessazione dei pagamenti in lui, perchè commerciante, porta di conseguenza lo stato di fallimento. Il giudice penale invece non esamina e conosce della qualità di commerciante, se non perchè questa qualità costituisce uno degli elementi del reato di bancarotta. I due giudizi adunque si aggirano entro orbite diverse.

E se questa soluzione era già accolta dalla prevalente giurisprudenza sotto il Codice cessato, deve trionfare oggi senza discordanze, se la nuova legislazione sui fallimenti traccia in modo esatto i limiti della competenza civile per il giudizio di fallimento e della penale pei reati di bancarotta (art. 696 Cod. comm.), e se il giudizio del magistrato civile sul fallimento, non è nemmeno più un presupposto necessario per la pronuncia di bancarotta (art. 855, 856 Cod. comm.) (1).

(1) Di questa indipendenza dei giudizi la Corte di cassazione di Torino ha fatto così rigorosa applicazione, da decidere che il giudice penale non è nemmeno vincolato alla data della cessazione dei pagamenti o già fissata dal giudice civile o derivante dalla presunzione di legge che fa coincidere la cessazione dei pagamenti con la dichiarazione di fallimento in difetto di speciale pronuncia (art. 704). " Il giudice penale — così la Corte — nella pienezza ed indipendenza dell'azione penale, qualora avvisa sussistere nell'inquisito o giudicabile lo *stato di fallimento*, ed indi ha argomenti, prove e convinzione che sussiste la *bancarotta*, e che questa rimonta a quel *dato giorno*, assolve tutto il suo còmpito senza attendere la sentenza che dichiari il fallimento, nè quella che fissi il giorno della cessazione dei pagamenti, compiendo egli l'una e l'altra cosa nella pienezza della sua giurisdizione (decis. 23 giugno 1886, ric. Segre, *Giurisp. pen.*, 1886, p. 901) „. Ma della questione si dovrà trattare particolareggiatamente nel commento all'art. 696.

6. *b*) Lo stato di fallimento può farsi consistere: o nello sbilancio economico, e cioè nella insolvibilità del debitore, che gli rende impossibile l'adempimento delle assunte obbligazioni; o nella pronuncia del giudice che dichiara il fallimento; oppure nel fatto materiale ed esteriore della cessazione dei pagamenti (1).

Perchè il dissesto economico potesse bastare per far pronunciare il fallimento si esigerebbe una preventiva investigazione o da parte dei creditori o della legittima autorità, per verificare il vero stato dell'azienda di ogni commerciante. Bisognerebbe, in qualche modo, prima ancora di pronunciare il fallimento, spossessare il debitore dell'amministrazione del suo commercio, all'effetto di constatare se realmente le sue passività sono maggiori delle sue attività patrimoniali. E posto pure che questa indagine preventiva fosse lecita, i suoi risultati non sarebbero mai positivi, pratici e tranquillanti. La solvibilità d'un commerciante si basa e sulla realtà dei beni che possiede e sul credito ch'egli gode. Ebbene: se la sostanza reale può sottoporsi ad inventario e le passività stabilirsi con esattezza matematica; ogni calcolo difetta per valutare la forza del credito di cui un commerciante gode, finchè nessun fatto viene a turbarne la regolare funzione. Già il Casaregi alludeva a questo concetto nel suo *Cambista istruito* (2): " Può stare benissimo insieme — egli scrive — che un mercante in un tempo non abbia tanto di patrimonio o di sostanza capace a pagare tutto il suo debito, ma che sia totalmente in credito e stima appresso la piazza come se egli fosse solvendo; dico appresso la piazza, poichè niente opporrebbe in contrario, quando si provasse che appresso ad alcuno più intimo della di lui casa, e per conseguenza più informato, fosse stato in qualche sospetto di prossima decozione..... E però molto diversa cosa è l'essere non solvendo dall'essere fallito..... In questa materia non si deve attendere la pura ed occulta verità del fatto, ma il credito e riputazione, con cui pubblicamente vive o no alla piazza il mercante....., per la ragione ancora che la stima ed il credito si devono valutare nel mercante per un gran capitale, anzi spesse volte è il maggior sostentamento del negozio, perchè col di lui favore può il mercante, benchè occultamente sia non solvendo, rimettersi in buono ed opulento stato, perchè i mercanti per lo più vivono col credito „.

L'altro sistema che pone a base dello stato di fallimento la sentenza del giudice, a primo aspetto seduce per la sua semplicità. Non occorre più risalire ad epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento per verificare il momento della cessazione dei pagamenti; la validità degli atti compiti anteriormente alla pronuncia di fallimento è soggetta alle norme della legge comune. Ma alla semplicità del sistema non corrisponde la intrinseca bontà del medesimo. " Il commerciante di mala fede, sentendo vicina la caduta, avrebbe il tempo necessario a preparare i mezzi per compiere le frodi le più ardite e per nuocere gravemente alla parità di trattamento fra i creditori, che fu sempre uno dei principali scopi delle leggi relative ai fallimenti. D'altronde, i principii del diritto civile ordinario, che riguardano l'azione pauliana, non possono

(1) Anche nel verbale CXXX, n. 760 della Commissione compilatrice del Codice sono accennati questi tre sistemi. Se non che il sistema accolto dal Codice è così formulato: " la manifestazione esteriore dello sbilancio economico che risulta dal fatto della cessazione dei pagamenti „; formula che, ad avviso mio, e per quanto dirò in seguito, è inesatta, perchè accenna alla *causa* della cessazione, la cui indagine invece, secondo me, è affatto inutile. L'insolvibilità del debitore è, senza dubbio, la causa più frequente dei fallimenti; ma ciò non significa che non vi possa essere fallimento anche senza insolvibilità.

(2) CASAREGI, *Il Cambista istruito*, cap. II, n. 46 e segg.

ritenersi sufficienti ad impedire gli abusi, ai quali, dinanzi alla catastrofe del fallimento, deve dare potente incentivo la tendenza dei creditori a prevenire le perdite altrimenti inevitabili, ed il sentimento per cui il debitore si induce spesso ad accordare ingiusta preferenza a taluni creditori, con pregiudizio degli altri. E tutto ciò senza parlare dei casi, nei quali il fallimento è preparato dal dolo o dalla frode, ed ai quali non può a meno di essere potente ritegno la sicurezza che gli atti disonesti possano venire smascherati e che la responsabilità dell'averli commessi possa ricadere, non solamente sul debitore, ma anche distruggere il credito di coloro che per soverchia avidità o per altro motivo vi cooperarono „ (1).

Resta adunque il terzo sistema, quello cioè di far consistere lo stato di fallimento nel fatto esteriore della cessazione dei pagamenti. — Ed è questo appunto il sistema accolto dal nostro legislatore.

Il fatto fondamentale, caratteristico, della cessazione dei pagamenti consiste nel non pagare a scadenza, qualunque sia la causa per cui un commerciante più non soddisfaccia alle proprie obbligazioni (2); e quindi anche se non paga pur essendo nella possibilità economica di pagare (3), o se col fatto proprio, diretto e spontaneo (quale la fuga o la latitanza), metta il creditore nell'impossibilità di chiedere il pagamento.

Si vede, pertanto, come il fatto esteriore della cessazione dei pagamenti sia tutto, e come questo fatto possa esistere anche se non vi ha la insolvibilità, che pur, nella generalità dei casi, provoca quella cessazione. Così si concilia il criterio economico col criterio giuridico; perchè, dato che il commerciante abbia un attivo superiore alle passività, ma non voglia o non possa pagare i suoi debiti, si ha il fallimento; mentre, all'opposto, seppure l'attivo è inferiore al passivo, ma il commerciante trova nel credito le risorse necessarie per far fronte agli impegni, non vi ha fallimento. — S'è detto, nella prima ipotesi, che il commerciante *non voglia* o *non possa*, perchè molte volte non è la mira di frodare i creditori e sottrar loro una parte delle attività patrimoniali, che induce il commerciante a mancare ai propri obblighi. Non rare volte il fallimento esiste senza insolvibilità, perchè il commerciante non sa combinare con la precisione necessaria le entrate con le scadenze. Egli consente, ad esempio, ai propri debitori termini più lunghi di quelli che i suoi creditori gli accordano; o i debitori abusano della sua tolleranza; o ha valori in portafoglio di difficile, o, pel momento, di disastrosa realizzazione. E narra su questo proposito il Boistel (4) che certi fornitori del quartiere più aristocratico di Londra, il West-End, sono obbligati a fallire ogni due o tre anni, perchè i grandi signori, che essi forniscono, sono bensì solventissimi, ma per incuria trascurano di regolare i loro conti, malgrado insistenti reclami. Se capita però il fallimento, allora sono obbligati ad effettuare i pagamenti, e il negoziante si trova, dopo la catastrofe, alla sua volta, in grado di mettersi in ordine coi propri creditori!

Parve però a taluni scrittori che fosse troppo materiale il concetto della cessazione

(1) Verbale CXXX, n. 760 della Commissione compilatrice del Codice.

(2) VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, 4311.

(3) MASSÉ, *Droit comm.*, II, 1146. — La Cassaz. di Francia con decisione 11 marzo 1826, ferma al principio che la cessazione dei pagamenti costituisce il fallimento, qualunque sia la causa della cessazione, giunse all'estrema conseguenza, riconoscendola anche nel caso, da essa esaminato, in cui la cessazione proveniva da un fatto di *forza maggiore*, quale l'arresto per misura amministrativa del debitore (DELAMARRE et LEPOITVIN, *Traité de droit comm.*, VI, pag. 53 nota). Fin là non andrei! E per ciò nel testo dico appunto che deve essere un fatto spontaneo e diretto del debitore quello che pone il creditore nella impossibilità di ottenere il pagamento.

(4) BOISTEL, *Précis de droit comm.*, n. 895.

dei pagamenti così quale fu sopra da me esposto. E sostennero che la cessazione doveva essere *generale*. In altre parole: il fatto di non pagare un creditore, o qualche creditore, non parve estremo sufficiente per poter riconoscere l'esistenza della cessazione dei pagamenti, determinatrice lo stato di fallimento. E richiesero che il rifiuto a pagare non si considerasse isolatamente, bensì quale effetto dell'impotenza del debitore a soddisfare la *generalità* dei suoi impegni. " In tal modo si ha riguardo al cumulo delle obbligazioni del debitore; e si verifica la cessazione generale tostochè si trova il debitore cessante riguardo alla pluralità delle sue obbligazioni „ (1).

Io ritengo questo concetto erroneo. — Quando il debitore non soddisfa un' obbligazione commerciale, e non adduce eccezioni speciali a quella obbligazione, le quali dimostrino almeno la sua buona fede nel ritenere di non doverla soddisfare (art. 705 Codice di commercio), egli ha cessato i suoi pagamenti. È ozioso indagare la causa del rifiuto; ed è poi questa un'indagine contraria allo spirito della legge, la quale si arresta, come si è detto, al fatto esteriore della cessazione dei pagamenti, e prescinde affatto dall'esame delle cause che determinarono quella cessazione. Nè sarebbe razionale che dipendesse dalla volontà del debitore di disinteressare questo o quel creditore, per liberarsi dall'accusa di una generale cessazione dei pagamenti. " In tal modo egli continuerebbe nell' amministrazione dei suoi beni con danno della massa, di cui il pegno sarebbe diminuito con pagamenti fatti a' creditori più esigenti o più simpatici „ (2). Nè, d'altra parte, si può imporre al creditore, che chiede il fallimento, l'obbligo di provare l'esistenza di altri creditori, non avendo nemmeno il mezzo di conoscerli, e potendo il debitore ad arte allontanarli o indurli al silenzio (3).

Il mio ragionamento procede pertanto in questi termini: se un creditore chiede il pagamento e non è soddisfatto, il debitore evidentemente non paga, o per ragioni speciali che crede in buona fede di avere per esimersi da quel pagamento, o perchè è nell'impossibilità attuale di far onore al suo impegno. Nel primo caso, la legge stessa soccorre il debitore ed impedisce che il suo rifiuto — giustificato non fosse altro dalla persuasione di non dover pagare in tutto od in parte quanto gli si chiede — si interpreti quale cessazione di pagamenti, e quindi vieta che per quel rifiuto il creditore possa provocare la dichiarazione di fallimento (art. 705 Cod. comm.). Nel secondo caso, invece, il creditore, contro il credito del quale non si elevano eccezioni, ha diritto, o di ricorrere ai mezzi di esecuzione ordinaria per ottenere ciò che gli è dovuto; oppure a quel mezzo di esecuzione più efficace che la legge attribuisce ai crediti commerciali in confronto d'un commerciante, e cioè alla dichiarazione di fallimento. O perchè si vorrebbe che il creditore, non solo provasse al tribunale di non essere stato pagato, ma sì ancora che questo difetto di pagamento proviene dallo sbilancio del debitore, impotente a pagare la *generalità* dei suoi debiti? Ma come non si avverte che allora si modifica il concetto fondamentale del fallimento? Non si sta più attaccati al fatto materiale della cessazione dei pagamenti, ma si prende a criterio la impotenza del debitore, sia pure esteriormente manifestata colla cessazione dei pagamenti. E si entra in quelle indagini preventive, che il legislatore nostro, come già si è dimostrato, volle assolutamente escluse. — Io capisco che il Renouard abbia qualificato fallimento lo stato del commerciante che manca alla *ge-*

(1) Senza agglomerare citazioni di autori francesi, richiamo il SACERDOTI (*Il fallimento*, teoria fondamentale, pag. 13), che trattò questa parte dell'istituto del fallimento con molta diligenza.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2569.

(3) DELAMARRE et LEPOITVIN, *Traité de droit comm.*, VI, p. 28.

neralità dei suoi impegni (1); perchè, mancando nel Codice francese la disposizione speciale ora contenuta nel nostro Codice all'art. 705, l'illustre relatore della legge del 1838 intendeva, con la voce *generalità*, di escludere appunto che un creditore, a cui fu rifiutato il pagamento per motivi diretti, a lui personali, potesse far aprire il fallimento. Ma una volta che il caso speciale, a cui evidentemente il Renouard voleva alludere, è presso noi espressamente contemplato dal Codice, non è più il caso di richiamare quell'estremo; tanto più che scrittori francesi reputati avevano già rilevato quanto vi ha in esso di vago, e come sia tale da abbuiare il concetto preciso fissato dalla legge per avere lo stato di fallimento (2).

Ma vi ha altro argomento poderoso a sostegno della tesi che qui si propugna. Si ammetta che il commerciante abbia un solo creditore, e che questi solo si presenti, perchè non soddisfatto alla scadenza, a chiedere l'apertura del fallimento. Delle due, l'una: o si esclude che un solo creditore possa chiedere l'apertura del fallimento; o si ammette che anche un solo creditore può chiederlo, ed in tal caso bisogna rinunciare al concetto della generalità dei pagamenti o della pluralità dei creditori. — Ed è ora appunto mio cómpito dimostrare che anche nell'esistenza di un solo creditore può da questi ottenersi la dichiarazione di fallimento.

Chi sostiene l'avviso contrario così ragiona (3): il commerciante che si trova in rapporti d'affari e d'interessi con molte persone, e ciò non ostante ha un solo creditore, non esplica ancora quel vero stato di cessazione dei pagamenti, non suscita quel pericolo e quell'allarme nel commercio, che sono la naturale conseguenza di questo fatto, e per cui si rende necessario di porre il commerciante nella condizione, non solo di non distrarre i restanti suoi beni, ma di interdirgli la continuazione del commercio. — La mancanza dei pagamenti in confronto d'un solo può dipendere da causa diversa da quella assoluta deficienza di mezzi che è insita nella cessazione dei pagamenti. — Infine si rileva come, dato l'organismo attuale della procedura di fallimento, colla delegazione dei creditori a lato del curatore, non sarebbe nemmeno possibile, con un solo creditore, costituire quei poteri ai quali è devoluta l'amministrazione del patrimonio del fallito.

Ma questi obbietti non sono difficili a confutarsi, tanto più ora che nella dottrina e nella giurisprudenza prevale l'opinione che qui si propugna (4).

Infatti, il fallimento consiste nella cessazione dei pagamenti, senza distinzione se i pagamenti sono dovuti ad una o più persone. Quando, pertanto, è stabilito che la cessazione dipende dalla impotenza a pagare, e non da eccezioni che il debitore in buona fede creda di poter opporre all'unico creditore (art. 705), ogni indagine sul numero dei creditori diventa inutile, tanto più che il debito verso uno solo potrebbe essere ben più rilevante dell'insieme di piccoli debiti verso parecchi. — Il fallimento è nel tempo stesso una garanzia, una misura cautelare, ed un mezzo di esecuzione più sicuro ed efficace di quelli ordinari. Non può quindi privarsene il creditore pel fortuito di trovarsi solo. — D'altra parte bisogna impedire che

(1) RENOUARD, *Traité des faillites*, 3ª ed., p. 227 e 234.

(2) DELAMARRE et LEPOITVIN, *Tr. de dr. comm.*, VI, pag. 29 e segg.; DEMANGEAT sur BRAVARD, *Tr. de dr. comm.*, V, nella nota a pag. 18.

(3) Tribunale di commercio di Genova, 19 luglio 1883, Canevaro c. Barzetto (*Annuario crit. della giur. comm.*, I, n. 39); Tribunale di comm. di Napoli, 9 giugno 1885 (*Filangieri*, 1885, p. 554).

(4) RENOUARD, *Faillites*, I, p. 276; DALLOZ, voce *Faillite*, n. 75; BRAVARD, *Droit comm.*, V, p. 25, 26; BÉDARRIDE, *Faillites*, I, n. 58; DELAMARRE et LEPOITVIN, *Dr. comm.*, VI, p. 27; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de dr. comm.*, II, 2596; CUZZERI, *Il Cod. di comm. commentato*, libro III (ed. Drucker e Tedeschi), n. 19.

il debitore, pagando tutti i creditori di minima entità, miri a privare un creditore di importanza, lasciato ad arte insoddisfatto, del diritto di far pronunciare il fallimento. — È vero, vi sono formalità che, dato un solo creditore, non si possono attuare, quali la delegazione dei creditori, il concordato, ecc. Tali formalità però non sono essenziali al fallimento. Questo esiste di fatto con la cessazione dei pagamenti, e di diritto con la sua constatazione giudiziale. Avvenuta questa, esisterà la procedura del fallimento, tanto più spedita e semplice, e quindi tanto più corrispondente alle esigenze del commercio, quanto minori saranno le formalità da effettuarsi e i voti da richiedersi per la sua regolarità. — Nè si dica che i mezzi ordinari di esecuzione sono sufficienti al creditore unico per ottenere sulla sostanza del debitore il soddisfacimento delle proprie pretese. Giacchè il debitore può aver compiuti atti ledenti il suo patrimonio, distraendolo in tutto od in parte, o aggravandolo di pegni e d'ipoteche, e il creditore unico, con la pronuncia di fallimento, ottiene quegli effetti immediati, *ope legis*, che altrimenti dovrebbe conseguire con azioni diverse, basate sulla frode, che non è di facile scoperta, nè di facile dimostrazione.

Da quanto fin qui si è detto risulta quindi che potendo anche l'unico creditore non pagato alla scadenza presentarsi al tribunale e chiedere la pronuncia di fallimento, il concetto della generalità dei debiti insoddisfatti è assolutamente insostenibile. — Nè dicasi che, esistendo un solo creditore, la generalità della cessazione può coesistere con la unità numerica dei creditori; sia perchè in tal modo alla voce *generalità* si attribuisce il significato affatto diverso di complesso delle passività, e allora il fallimento consisterebbe nella insolvibilità del debitore; sia perchè si vincolerebbe sempre il creditore unico a dare la dimostrazione preventiva — che per lui è quasi sempre impossibile, o almeno molto difficile — di essere il solo creditore.

Io spero di aver svolto il mio pensiero con sufficiente chiarezza, nè occorra che confuti le molteplici opinioni, discordi dalla mia, per far meglio spiccare l'intrinseca bontà di questa. Uno studio critico di tal genere sorpasserebbe i limiti di questo lavoro. È perciò che non posso nemmeno richiamare le molteplici decisioni emesse dalle magistrature italiane sull'argomento; perchè il nudo riferimento delle date di queste decisioni a nulla gioverebbe; e la riproduzione dei motivati esigerebbe il complemento di una confutazione, se discordi dall'avviso ch'io professo. — Mi limito perciò a riprodurre la parte sostanziale della motivazione di una pronuncia della Corte di cassazione di Roma, in data 11 settembre 1877 in causa Colonna c. fall. Barbosi, est. *Selmi* (1), in cui appunto è lumeggiato il concetto della cessazione dei pagamenti, sebbene con divagazioni e con maggiori parole di quante non sarebbero state richieste per esprimerlo. "Non è dubbio — così la sentenza — che sebbene il commercio si alimenti di buona fede, non comporta però minuziose ed intime indagini sulla attitudine, sulla moralità e sulla capacità finanziaria ed economica delle persone che vi si addicono. In commercio, più che alle condizioni intrinseche, si guarda e si dà importanza a ciò che apparisce all'esterno; ed il commerciante che paga puntualmente i suoi debiti alla scadenza, e che mantiene fedelmente i suoi impegni, è quello che ha credito, e che più facilmente si attira la comune fiducia, sebbene tal fiata non sieno sempre onesti, corretti i mezzi, mercè cui provvede alle proprie obbligazioni. — D'altra parte, la sospensione dei pagamenti è ognora un fatto così grave nelle sue ultime conseguenze, e di così facile diffusione nel mondo commerciale, che, quando avviene, l'allarme è diffuso ovunque, quasi colla celerità del lampo, nè vi è possibilità che resti

(1) *Annali della giur. ital.*, XI, 1, 461.

lungamente occulto, nè che dia luogo ad ulteriori compromettenti rapporti nelle vicendevoli relazioni del pubblico mercato. Epperò, con ragione, il legislatore volle che questo fatto caratteristico avesse decisiva e sola influenza sulla sorte futura del commerciante, e sui vincoli che i beni da lui posseduti hanno coi di lui creditori, scartando così quegli altri avvenimenti, o quelle altre condizioni, che per la loro ambigua natura, per la difficoltà di constatarle, e per l'incerto vantaggio che si ottiene, sono inopportune, se non pericolose, pel conseguimento del fine cui egli intende di attingere Che quindi, nel linguaggio della legge, la cessazione dei pagamenti non altro significa che *la mancanza del commerciante a soddisfare con puntualità ai di lui impegni pecuniari.* — Però non occorre che si verifichi materialmente questo fatto. Vi sono circostanze che lo equivalgono, come la chiusura del fondaco o dell'esercizio, con animo di non riaprirli e senza gli avvisi e le cautele preventive che la giustificano, specialmente quando questo fatto è coincidente col disordine degli affari e coll'esistenza di urgenti passività, o anche la fuga improvvisa del commerciante, e *forse*, trattandosi di un patrimonio irreparabilmente dissestato, anche quando si continua per alcun tempo ad eseguire i pagamenti, ma si eseguiscono nello scopo di liquidare d'accordo con pochi creditori, e a danno degli altri, le attività che rimangono al fallito, onde distribuirle, con ingiusta preferenza, ai complici della frode, lasciando insoddisfatti altri creditori (1). — Per altro a questa circostanza non si potrebbe equiparare l'altra del dissesto economico del commerciante. Per quanto il passivo superi l'attivo, per quanto le di lui imprese sieno temerarie, o pericolose, per quanto il disordine della gestione sia flagrante, e le spese della casa, o della persona, sieno prodigate, o la fortuna gli sia matrigna, se egli paga alla scadenza i propri debiti, esso non è in istato di fallimento, perchè un repentino girar di ruota può rendergli amica quella sorte che gli era nemica; le speculazioni più azzardate possono, nelle oscillazioni del mercato, o nell'alterno avvicendarsi dei casi, assumere forma e sostanza di serii ed estesi profitti; e l'attività, la parsimonia e il calcolo prudente possono da un momento all'altro surrogarsi all'inerzia, alla dissipazione ed agli spensierati ardimenti. D'altronde, gli indizi del dissesto possono essere fallaci, e la dichiarazione del fallimento, basata su di essi, potrebbe determinare il vero e proprio fallimento; cosicchè invece di figurare come rimedio e preservativo di danni ne sarebbe la causa occasionale „.

7. Qualche scrittore introdusse una differenza tra la sospensione dei pagamenti e la loro cessazione. Tale distinzione però è affatto arbitraria. Chi non può pagare puntualmente i suoi debiti, può ottenere dal proprio creditore una dilazione. La concessione di una proroga esclude necessariamente il concetto della cessazione dei pagamenti, perchè suppone che il debitore goda abbastanza credito per ottenere la protrazione consensuale del termine a pagare i suoi debiti. Ma se i creditori non accordano una protrazione, il debitore, che non paga, cessa di far onore ai suoi impegni, nè gli può valere la scusa di cessare precariamente

(1) Dopo quanto si è detto, parmi inutile dimostrare la superfluità di quest'ultima ipotesi, creazione affatto artificiale e fantastica! Se anche il commerciante cede ogni sua attività a determinati creditori, e si mette così nell'impossibilità di pagare gli altri, finchè questi ultimi non rimangono insoddisfatti, non vi è fallimento. Lo dichiarò anche la Cassazione di Torino con la decisione 3 febbraio 1883, Banca di Savigliano contro fallimento Berier-Delaleu (*Annuario critico della giur. it.*, III, n. 122). — Ma quando mai, i magistrati italiani, anche dottissimi, si persuaderanno della opportunità di concettose pronuncie, strette alla specie o alla interpretazione che è sottoposta al loro esame?

e non definitivamente, e di essere disposto a pagare l'interesse del ritardo. *Qui tardius solvit, minus solvit;* e in commercio ricevere un pagamento tardivo può essere causa di inevitabile disastro pel creditore, che, a sua volta, abbia fatto affidamento sull'esazione del suo credito per soddisfare i propri impegni (1). " Si può dubitare — così la Corte d'appello di Palermo — sino alla domanda di dichiarazione di fallimento, se un commerciante abbia *sospeso* i pagamenti o abbia *cessato* di pagare; ma quando chiesta quella dichiarazione, il pagamento non è stato ancora eseguito, allora non vi ha sospensione, ma mancanza di pagamento. Il commerciante dev'essere puntuale nei suoi pagamenti; nella puntualità sta la vita del commercio, onde la sospensione si confonde colla cessazione (2) „. È accogliendo questo avviso che si escludono le indagini, le quali renderebbero illusorio il vantaggio d'avere stabilito quale criterio del fallimento il fatto esteriore della cessazione dei pagamenti. Il giudice non può aprire un'inchiesta sulla reale situazione dell'azienda commerciale per verificare se i pagamenti potranno riprendersi; se il commerciante è solvente, o no; se il suo attivo sorpassa il passivo, e solo si trovi momentaneamente incagliato. Egli deve arrestarsi al fatto della cessazione, e constatata questa, pronunciare il fallimento. D'altra parte, ammessa dal nuovo Codice la *moratoria*, potrà il fallito, che subisce una crisi passeggiera, ottenere una remora, per cui gli sia concesso di riprendere i pagamenti e cancellare così gli effetti del fallimento se pronunciato, o scongiurarlo senz'altro, se non è ancora dichiarato (art. 819, 827 Codice di commercio).

Se la distinzione tra sospensione e cessazione potè farsi, ciò derivò dall'erroneo concetto messo a base del fatto giuridico costituente la cessazione dei pagamenti. Infatti s'è detto: se si tratta di momentaneo imbarazzo, non di effettiva e duratura impotenza a pagare, ciò fa supporre che non si mancasse di credito, ma piuttosto si abbia voluto profittarne (3). Ora si rileva come lo stesso errore, che si è confutato nel capitolo precedente a proposito del criterio determinativo lo stato di fallimento, qui torni in campo. Non si sta più attaccati al principio fondamentale della legge, la quale si arresta al fatto estrinseco della cessazione dei pagamenti. Ma, passando ad un esame intrinseco dell'azienda, alla sua effettiva condizione, all'equilibrio del dare e dell'avere, si fa risiedere lo stato di fallimento nella insolvenza, appunto per inferirne che insolvenza non esiste, se si tratta di crisi passeggiera che il debitore potrà superare. Di qui la conclusione che la semplice sospensione dei pagamenti non può dar motivo per provocare il fallimento. — Ma la disputa così posta diviene assolutamente accademica: può farsi, cioè, sul terreno scientifico, non di fronte alla legge positiva. Per questa, chi non paga, qualunque sia il motivo per cui non paga, cessando di fare i suoi pagamenti, è in istato di fallimento. Nè l'affermazione, sia pure sorretta da prove, che la cessazione è temporanea, può scongiurare la catastrofe. Il creditore può dire al proprio debitore: dovevate mettervi in condizione di pagare a tempo; nessuna ragione può giustificare il fatto del non eseguito pagamento; nessun interesse tenervi indenne dalla responsabilità di non aver pagato puntualmente. Il giudice non può esonerarsi dall'obbligo di

(1) Di questa opinione in Italia sono quasi tutti gli scrittori: VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4312; BORSARI, *Commento al Cod. comm.* 1865, n. 1729; CUZZERI, *Cod. comm. comment.*, lib. III, n. 18; CALAMANDREI, *Il fallimento*, I, n. 6. Nel testo modifico l'opinione altra volta espressa nell'*Annuario crit.*, I, pag. 141, associandomi all'avviso di questi scrittori, dopo più maturo esame della questione.

(2) Decisione 25 gennaio 1884, Vela c. Banca Nazionale (*Annuario crit. della giur. comm.*, II, num. 84).

(3) SACERDOTI, *Del fallimento*, pag. 11; MASSÉ, *Dr. comm.*, II, n. 1148.

pronunciare il fallimento da me chiesto, basandosi al fatto che sublte una crisi passeggiera, come non potrebbe accordarvi una dilazione, se la condizione risolutiva si fosse verificata (art. 42 Cod. comm.). Al più, se potete mostrare che siete vittima di circostanze impreviste, eccezionali e transitorie, e che il vostro attivo esubera il passivo, chiedete la moratoria. È questo il rimedio che vi offre la legge per conciliare un sentimento equitativo col rigore del diritto e con le esigenze economiche che i pagamenti siano effettuati in iscadenza (1).

Nè parmi di poter meglio chiudere la trattazione di questo argomento che riproducendo un brano di una elaborata sentenza della Corte di cassazione di Torino, Sezione penale (2). La Corte suprema così in proposito si esprime: " Non è oggidì più attendibile la distinzione, che nel passato taluni autori e decisioni fecero tra *sospensione* e *cessazione* dei pagamenti, che se talora può corrispondere alla realtà delle cose, non ha valore giuridico e significato in rapporto alla dichiarazione di fallimento. Giacchè il vigente Codice di commercio riguarda la puntualità dei pagamenti come base e fondamento allo svolgimento progressivo e alla prosperità dei commerci; onde, vi sia *sospensione* temporanea, vi sia *cessazione*, torna la stessa cosa per il creditore e per il commercio. Il *cessare dal fare i pagamenti*, nello spirito e nella lettera dell'art. 683 Cod. comm., involve tanto la *cessazione* temporanea, o *sospensione* che dir si voglia, quanto la *cessazione* definitiva. Se questa distinzione rinvenne accoglienza in addietro appo qualche scrittore e qualche sentenza, e si fondò su un sentimento di pietà verso il commerciante di buona fede, costretto da disastri a momentaneamente sospendere i suoi pagamenti, pur certo di rimettersi e far onore ai suoi impegni; — al presente non potrebbe in alcuna guisa ammettersi, avendo il vigente Codice sufficientemente provveduto al riguardo con l'istituto della moratoria ".

8. Con la dottrina accolta nei capitoli precedenti, rimane semplificata anche la questione, che pur si dibatte tra scrittori, e dà luogo a discordi giudizi, intorno alla prova da darsi della cessazione dei pagamenti. Giacchè, consistendo, come s'è detto, la cessazione nel fatto esteriore di non pagare un debito che si deve pagare; quando il creditore provi che non fu pagato in iscadenza, e il debitore non adduca eccezioni particolari a quel credito per giustificare il non effettuato pagamento, esiste quella cessazione che determina lo stato di fallimento. La formula, pertanto, *decoctio ab allegante concludenter probanda est* (3) si decompone in questi elementi: — il creditore deve dare la prova della asserita cessazione; — e la dà *concludenter*, ognora che stabilisce che gli fu rifiutato il pagamento alla scadenza, e non per eccezioni opposte od opponibili al credito da lui vantato.

All'invece, gli scrittori, nella quasi unanimità, premesso il trito adagio (4) che: *ad probandam decoctionem certa regula non*

(1) Il CASARREGI (*Disc.* 192, n. 2) distingue il *cessare in solutione*, dal *facere punctum in negotio suo*, il quale secondo caso corrisponderebbe alla sospensione dei pagamenti con intenzione e mezzi di riprenderli. Oggi, nel linguaggio comune, la sospensione e la cessazione si confondono insieme così, che con la formula *far punto* s'intende indicare appunto lo stato di fallimento.

(2) Decis. 23 giugno 1886, ric. Segre (*La Giur. pen.*, VI, 801).

(3) CASARREGI, *Disc.* 152, n. 12.

(4) La paternità dell'adagio non è del CASARREGI, come ripetono, copiandosi, alcuni autori, ma del cardinale DE LUCA. Il quale scrive (*De credit. et deb.*, *Disc.* 10, n. 18): *Veritas tamen est, ut ista sit quaestio facti potius quam juris, non admittens certam ac determinatam regulam, sed ut pro singulorum casuum circumstantiis diversimodo decidenda.* Il motto poi è ripetuto con formula più concisa dal CASARREGI (*Disc.* 179, n. 38), indicando però la fonte da cui lo ha tratto.

est in jure determinata, asseriscono che i molteplici elementi, nei quali il fatto complesso della cessazione dei pagamenti si decompone, sono ribelli ad ogni enumerazione e classificazione. E concludono col Casaregi che, *juxta veriorem et magis receptam sententiam, arbitrio boni judicis relictum est dignoscere quisnam proximus decoctioni dicatur, secundum circumstantias facti, quae praebent validissimus atque juri consonum argumentum proximae decoctionis* (1).

Ora, è verissimo che l'apprezzamento dei fatti costituenti la cessazione è affidato all'incensurabile giudizio del magistrato del merito. Ma anche questo apprezzamento implica una questione giuridica, quando il magistrato parte dall'ipotesi della legge, per verificare se a quell'ipotesi corrispondano i fatti a lui sottoposti. Quindi, se il magistrato, in luogo di porre a base del proprio giudizio il principio che la cessazione consiste nel fatto materiale, esteriore, di non pagare in iscadenza, abbia posto l'altro, affatto diverso, o della impotenza del debitore a soddisfare i suoi impegni, oppure della necessità che la cessazione sia generale ed estesa alla pluralità dei crediti, e, alla stregua di questo erroneo principio, sia passato all'esame dei fatti, per concludere che esiste o no il fallimento — la sua pronuncia, siccome implicante una questione di diritto, è censurabile in cassazione. Quale è dunque il giudizio abbandonato *arbitrio boni judicis?* La constatazione dei fatti addotti dal creditore per stabilire la cessazione dei pagamenti. Ma il concetto giuridico della cessazione, che la pronuncia deve necessariamente porre a base, per dimostrare se al medesimo risponda la specie in esame, include un'interpretazione della legge, e quindi non è più nell'orbita del mero apprezzamento dei fatti (2).

La Corte di cassazione di Torino ha espressa assai lucidamente questa dottrina nella sentenza dell'11 maggio 1886, in causa Fallimento Allera c. Banca di Vercelli (3), così motivata: " I giudici del merito, in tanto ritennero la cessazione dei pagamenti, in quanto partirono dal concetto che la cessazione dei pagamenti non esista nel senso legale, per quanti sieno i protesti, le citazioni, le condanne subìte da un commerciante, per quanto numerosi sieno i debiti lasciati da lui insoluti, sempre quando si possa ritenere che il debitore medesimo ha un attivo che supera, o per lo meno agguaglia il passivo, e così la sua solvibilità non è ancora venuta meno. — La Corte d'appello, infatti, riconosce nel modo più esplicito e ripetutamente: che i debiti risalenti al periodo di tempo anteriore agli atti costitutivi delle ipoteche convenzionali ed alle sentenze danti origine alle ipoteche giudiziali, rispettivamente invocati dagli opponenti, sono, almeno in parte, rimasti insoddisfatti; ma ad un tempo afferma che al tempo della costituzione di quelle ipoteche e della prolazione di quelle sentenze il commerciante non era insolvibile, essendo diventato tale in conseguenza dei debiti posteriormente contratti; soggiunge che egli continuò il suo commercio sino alla fine del 1882, godendo sempre credito, come ne fanno prova le numerose somministranze a lui fatte, del qual credito egli era meritevole, perchè in quelle epoche il montare complessivo dei suoi debiti non veniva ad eguagliare il suo attivo; ed altrimenti proclamando che il carattere essenziale della cessazione dei pagamenti consiste in una insolvenza dipendente da mancanza di mezzi con cui far fronte al pagamento dei debiti, scende a conchiudere che di fronte al fatto decisivo che all'epoca in cui si iscrissero le controverse ipoteche e nacquero i titoli ad inscriverle, il commerciante era solvibile, ogni ulteriore indagine riesce su-

(1) CASAREGI, *Disc.* 2, n. 91.

(2) Si cons. sull'argomento DALLOZ, *Répertoire*, voce: *Faillite*, n. 136, e voce: *Cassation*, n. 2645.

(3) *La Giurispr.* 1886, pag. 367.

perflua e vuol essere confermata la pronuncia dei primi giudici. — Per tal modo ragionando e pronunziando, la Corte d'appello, *non ha già emesso un semplice apprezzamento di fatto*, che riesca incensurabile in questa straordinaria sede di giudizio, *ma ha invece informato la sua disamina e la propria pronunzia ad un concetto giuridico* che non può essere collaudato, perchè contrario così alla lettera come allo spirito delle disposizioni racchiuse negli articoli 683 del vigente e 543 del cessato Cod. di comm., secondo le quali vi ha lo stato di fallimento tuttavolta che vi ha cessazione effettiva dei pagamenti dei debiti commerciali. — Guardando invero alla ragione di siffatte disposizioni, le quali, nei termini loro letterali, *unicamente al fatto della cessazione dei pagamenti annettono l'efficacia di caratterizzare l'esistenza dello stato di fallimento*, agevolmente si comprende come il legislatore abbia dovuto prendere in considerazione il fatto della cessazione dei pagamenti, appunto perchè per sua natura semplice, e sempre facile ad essere determinato ed accertato nei singoli casi, e non abbia invece voluto preoccuparsi ed attribuire importanza alla possibilità che esista squilibrio fra l'attivo e il passivo di un commerciante, che pure venga a trovarsi nell'impotenza di fare con puntualità onore ai propri impegni, per la buona ragione che oltre al riuscire difficile ed anche arbitrario il bilanciare l'attivo di un commerciante coll'ammontare del suo passivo, è poi sempre certo che il credito del commerciante è necessariamente perduto ogni qualvolta egli viene a trovarsi costituito nell'impossibilità di pagare i suoi debiti con quella prontezza ed esattezza che dalle esigenze del credito e dalle necessità del commercio sono richieste „.

Il fatto della cessazione dei pagamenti, una volta si parta da esatto concetto giuridico, è semplice, facile ad essere determinato ed accertato nei singoli casi, come bene dice la surriferita sentenza. Nessun'altra condizione di cose può corrispondere a quella della materiale cessazione dei pagamenti; nessun altro fatto ritenersi equipollente a quello (1). E quando si adducono i fatti della chiusura del negozio, delle circolari spedite ai creditori con la confessione dell'impotenza a pagare (2), della fuga, della latitanza, ecc. non si intende di sostituire degli equipollenti alla materiale cessazione dei pagamenti, bensì di addurre circostanze, le quali provino che i creditori furono posti nell'impossibilità di chiedere alla scadenza il pagamento di quanto era loro dovuto per fatto e colpa del debitore. Cosicchè quelle circostanze non hanno valore, se non in quanto hanno per presupposto necessario che vi siano dei debiti scaduti. Solo, in luogo del rifiuto del debitore a pagarli, si è costretti addurre quelle circostanze che razionalmente sostituiscono il rifiuto.

Tutto ciò nell'ipotesi che sieno i creditori che provocano la dichiarazione di fallimento.

Quando invece è il tribunale che d'ufficio pronuncia il fallimento, la teoria sovraesposta, pur rimanendo inalterata, esige d'essere applicata coi criteri che ora si accenneranno. — Il tribunale, anzitutto, non deve basarsi a voci vaghe, alla notorietà della piazza che i pagamenti non furono

(1) Cassaz. Torino, 27 agosto 1867 (*Giur. comm. ital.*, VII, 1, 110).

(2) Il debitore, ad esempio, avrebbe potuto essere indotto a scrivere la circolare per scongiurare il fallimento prima che qualche suo debito fosse scaduto, esagerando a sè od ai suoi creditori la sua attuale condizione per difetto di apprezzamento o per preoccupazione soverchia del proprio stato. Se nessun creditore ha un credito scaduto, esigibile, di cui il pagamento sia stato rifiutato, non si può, sull'appoggio della circolare, provocare la dichiarazione di fallimento. Una specie di questo genere formò tema della pronuncia 6 marzo 1863 del trib. di Marsiglia, citata nel *Précis de droit comm.* dei prof. LYON-CAEN e RENAULT, II, n. 2566, p. 591, nota 3.

effettuati da qualche commerciante, per non cedere ad insinuazioni maligne sparse dall'ignoranza o dalla cattiveria, e per non dar valore di informazioni precise ed esatte ad allarmi infondati (1). Per ovviare questo pericolo, provvidamente il nuovo Codice sancì l'obbligo della comunicazione mensile dei protesti cambiari ai presidenti dei tribunali di commercio o dei tribunali civili che ne fanno le veci (art. 689). Ma anche se per tal modo il tribunale è messo in grado di constatare la cessazione effettiva dei pagamenti — limitatamente, s'intende, alle obbligazioni cambiarie — la sua condotta non deve essere perciò meno cauta. Il silenzio del creditore che non povoca la misura del fallimento, se non esclude la possibilità che questo si pronunci d'ufficio, è però un grave sintomo che attesta a favore del credito del debitore. È vero che nel fallimento, oltre l'interesse privato dei creditori, esiste anche un interesse d'ordine sociale, in vista della tutela dovuta al commercio e al credito, quali funzioni indispensabili all'economia d'un paese. Ma è vero anche che l'ingerenza dell'autorità, quando tacciono le esigenze dei diretti interessati, può provocare turbamenti e mali anche maggiori di quelli che la legge intende prevenire. D'onde la conseguenza, che il tribunale, pur edotto a mezzo della comunicazione degli elenchi dei protesti, dell'effettiva esistenza della cessazione dei pagamenti, debba, con le indagini di cui più innanzi si farà parola, assicurarsi che questa cessazione è conseguenza dello sbilancio economico in cui si trova il commerciante. E la ragione di questa differenza di condotta tra il creditore che chiede il fallimento, e il tribunale che lo pronuncia d'ufficio, a me apparisce evidente. Il creditore non pagato ha diritto di provocare il fallimento del proprio debitore, senza investigarne e provarne preventivamente la insolvibilità, perchè il fallimento è per lui un mezzo di esecuzione, che, oltre agli ordinari, la legge gli accorda in confronto del debitore commerciante e a tutela delle obbligazioni commerciali. Ma, in quanto è il tribunale che d'ufficio pronuncia il fallimento, esso non può attuare questa misura se non quale provvedimento di ordine pubblico, e quindi per scongiurare quei maggiori danni che un debitore cessante potrebbe recare all'economia sociale, abusando del credito che ormai più non merita. In questo caso, adunque, la effettiva cessazione dei pagamenti non solo dev'essere prodotta dallo sbilancio economico del debitore, ma il tribunale deve esser convinto dell'esistenza di questa causa, prima di pronunciare il fallimento, perchè è l'esistenza di questa causa che lo investe della facoltà di dichiarare d'ufficio il fallimento.

Concludendo, la teoria che io professo può riassumersi in questi termini: la prova della cessazione dei pagamenti consiste nel dimostrare che il commerciante non ha soddisfatto alla scadenza le sue obbligazioni commerciali. Anche un solo creditore non soddisfatto, può provocare la dichiarazione di fallimento, purchè il non pagamento del suo credito non provenga da eccezioni che il debitore in buona fede, e cioè per motivi plausibili, ritenga spettargli in confronto di quel determinato creditore. Questi, quindi, non è obbligato a dare la prova che il non

(1) PARDESSUS, *Droit comm.* n. 1108. La Corte d'appello di Genova, con la sentenza 7 dicembre 1871, Banca Anglo-Italiana c. Bedoscki (*Raccolta giur. it.*, XXIII, 2, 836), giudicava che la prova della cessazione dei pagamenti del fallito deve ritrarsi da fatti certi, specifici e determinati, non da deduzioni di semplice notorietà o da altre circostanze vaghe e generiche. — E l'Appello di Lucca, nella sentenza 19 maggio 1862, Abuderkan c. Fallimento Nunes (*Giur. comm. it.*, II, 2, 165), rifiutando ogni valore ad un attestato stragiudiziale, che affermava che un negoziante era in istato di fallimento, ripeteva la dottrina: " che la voce pubblica non è sufficiente a costituire la prova che un negoziante trovasi in istato di fallimento, se pur non sia dimostrata per segni non equivoci la reale cessazione dei pagamenti „.

eseguito pagamento è conseguenza della impossibilità del debitore a pagare per lo sbilancio economico in cui si trova (1). — Il tribunale, invece, quando pronuncia d'ufficio un fallimento, non solo deve avere la prova che i pagamenti per debiti commerciali non furono effettuati, ma deve constatare che la cessazione proviene da uno sbilancio economico, appunto perchè la tutela del commercio e del credito, che la legge affida al tribunale con la pronuncia di fallimento d'ufficio, non si giustifica se non in quanto esista quello sbilancio, produttivo degli abusi e causa dei danni che la pronuncia d'ufficio mira ad evitare.

Ma come potrà il tribunale ritrarre questo convincimento? Lo potrà con elementi affatto estrinseci all'azienda commerciale. Potrà interpellare il debitore; ricorrere ai suoi creditori per verificare se, oltre alle cambiali protestate, esistano altri crediti di diversa natura non pagati. Ma non potrà mai esigere dal debitore la presentazione dei libri per trarre dai medesimi la prova della sua condizione economica (2).

L'art. 27 Cod. comm. non ammette il diritto di penetrare nei segreti delle operazioni d'un commerciante, col mezzo della comunicazione dei suoi registri, se non allora che esiste il fallimento. Il tribunale, pertanto, una volta che abbia stabilita concretamente l'esistenza di debiti insoddisfatti per numero od entità, tali da indurre il convincimento dell'insolvenza, non potrà che contestare al debitore, in Camera di consiglio, i fatti raccolti. Potrà il debitore, spontaneo, offrire al tribunale la prova della propria solvenza coi propri registri; o, nel termine congruo a lui concesso, dimostrare di avere soddisfatti quei debiti, il non soddisfacimento dei quali gli era stato contestato. Ma la sua azienda sfugge ad ogni preventiva e coattiva investigazione. E così, con la dottrina che qui si espone, la prova della cessazione riesce tranquillante; il diritto dei creditori è pienamente garantito, e le cautele fissate pel tribunale ovviano i possibili inconvenienti dei fallimenti pronunciati d'ufficio (3).

9. Per *pagamento*, nel significato giuridico, s'intende il mezzo, con cui si estingue l'obbligazione, adempiendola nel modo pattuito: *solvere dicimus eum qui*

(1) E tanto meno poi il tribunale deve preoccuparsi dei motivi che inducono il creditore a chiedere la dichiarazione di fallimento; delle cause che provocarono la cessazione; dell'interesse che possono avere i creditori a che non si pronunci il fallimento, ecc. Si legga nel *Précis de droit comm.* dei prof. LYON-CAEN e RENAULT la censura delle pronuncie emesse in Francia in contraddizione a questi principii (II, n. 2599).

(2) Corte d'appello d'Orléans, 2 gennaio 1855 (DALLOZ, *Recueil*, 1855, 2, 155). Confr. DALLOZ, *Répertoire*, v° *Commerçant*, n. 159; LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2571.

(3) Da ciò che si è detto nel testo apparisce quanto sia oziosa la questione se la prova della cessazione dei pagamenti debba essere documentata o possa anche essere orale. — Se è il creditore che chiede la dichiarazione di fallimento, egli proverà che non fu pagato, nel modo medesimo con cui dovrà provare l'esistenza del proprio credito, e quindi anche con la prova testimoniale (art. 44 Cod. comm.). — Se invece è il tribunale che pronuncia il fallimento d'ufficio, esso potrà ritrarre il convincimento della cessazione, prodotta dallo sbilancio economico del debitore, in tutti i modi consentiti dalla legge, purchè siano tali da mettere in essere fatti precisi, determinati e concludenti della effettiva cessazione dei pagamenti. Di questo avviso è pure il VIDARI (*Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4331). — Ripetere poi col BRAVARD (*Cours de droit comm.*, V, p. 41) che la ricerca a mezzo di testimoni della cessazione può scuotere il credito del commerciante, è dimenticare che non si tratta di stabilire la notorietà di un fatto vago, generico; bensì di accertare, in modo concreto, circostanze determinate, le quali evidentemente non potranno dal tribunale desumersi se non interpellando i creditori. Del rimanente, mi pare che le cautele da me accennate nel testo pel caso che il tribunale intenda di pronunciare d'ufficio il fallimento, siano tali da togliere qualsiasi timore in argomento.

fecit, quod facere promisit; sebbene, nel linguaggio comune, s'intenda per pagamento il modo con cui chi è obbligato a pagare una somma di danaro, soddisfa a questo suo obbligo (*solvere pecuniam*).

Ora, la domanda che si fa è questa: la legge, parlando della cessazione dei pagamenti, allude al pagamento in danaro o a qualunque altro mezzo con cui l'obbligazione deve dal commerciante estinguersi? Le parole usate nel Codice non possono avere che il significato tecnico, proprio del linguaggio legislativo, non quello che volgarmente loro si attribuisce. E quindi bisogna senz'altro concludere che anche chi deve una merce, e alla scadenza non la consegna al proprio creditore, anch'esso è in istato di cessazione di pagamenti, inquantochè *non solvet obligationem* (1).

10. *c*) Discutevasi dapprima in Francia, poi in Italia, se la cessazione dei pagamenti doveva riferirsi in genere a tutte le obbligazioni del commerciante, sì civili che commerciali, oppure alle obbligazioni commerciali soltanto. Il Codice del 1882 elimina ogni disputa, ponendo la *commercialità* delle obbligazioni insoddisfatte tra i requisiti dello stato di fallimento. Ed ecco in qual modo si giustifica l'accoglimento di tale estremo: "Il fallimento è riservato al commercio, e sarebbe pericoloso il permettere che il solo fatto dell'omesso pagamento di alcuni debiti civili del commerciante possa provocare la catastrofe del fallimento, quando la di lui azienda commerciale procede regolarmente e quando l'interesse dei creditori commerciali richiede che il debitore sia mantenuto alla testa dei suoi affari... È ben vero che il caso d'un uomo, avente in buono stato la sua amministrazione commerciale e l'azienda civile in rovina non è facile a verificarsi, e che assai di frequente si vedrà la rovina di questa estendersi a quella; ma anche il contrario può verificarsi, ed attribuire al disordine degli affari privati la potenza di turbare il regolare andamento degli affari commerciali recherebbe uno sconvolgimento al concetto fondamentale della procedura di fallimento ed aggraverebbe le condizioni del commercio a cui i fallimenti riescono tanto dannosi „ (2).

Il Vidari (3) sostiene erronea la dottrina accolta dal nostro Codice, basata sulla fittizia distinzione del patrimonio civile dal patrimonio commerciale, mentre ciascuno è obbligato con tutti i propri beni per tutte le proprie obbligazioni; e mentre tutti i beni di una persona costituiscono la garanzia comune dei suoi creditori, tranne i casi di legittima preferenza per causa di pegno di ipoteca o di privilegio. — Nè crede poi possibile l'illustre autore che un commerciante non paghi uno o parecchi grossi debiti civili, senza che ciò derivi da un grave perturbamento di tutta la sua condizione patrimoniale, e dalla impossibilità quindi di soddisfare alle proprie obbligazioni. — E va anzi più in là, ed ammette che il non pagare i debiti civili, per tenersi in bilico verso i propri creditori commerciali, costituisca uno di quei mezzi fraudolenti che la stessa legge condanna con tanto rigore e dichiara incapace di impedire o ritardare il fallimento (art. 705 Cod. comm.).

Io divido l'opinione del Vidari. Ma aggiungo alle sue, altre considerazioni critiche, desunte dalla legge positiva, e che mi paiono meritevoli di qualche attenzione.

Per l'art. 4 del Codice di comm. si reputano commerciali tutti i contratti e le ob-

(1) DELAMARRE e LEPOITVIN, *Traité de dr. comm.*, VI, n. 10; CUZZERI, *Codice di comm. commentato*, III, n. 23; VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, num. 4311.

(2) Verbali della Commissione compilatrice del Codice, CXXX, n. 760.

(3) VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, n. 4318. Anche le Facoltà di giurisprudenza di Pisa e di Torino si pronunciarono contrarie alla disposizione (*Pareri e osservaz. sul Prog. preliminare*, p. 733 e 739).

bligazioni dei commercianti, se non sono di natura essenzialmente civili, o se il contrario non risulti dall'atto stesso. L'elemento subbiettivo prevale all'obbiettività dell'obbligazione, pel motivo che l'attività del commerciante si presume svolgersi nell'orbita ordinaria delle sue operazioni commerciali. E così essendo, si vede subito a qual numero limitato di obbligazioni del commerciante si restringa il precetto legislativo; perchè, anche quelle obbligazioni che sono civili pel privato non commerciante, si presumono commerciali pel commerciante, tranne il caso che nell'atto scritto risulti la prova contraria della commercialità, o che l'atto sia essenzialmente civile. Ed è ben noto che gli atti che possono dirsi essenzialmente civili sono quei pochi, nei quali il titolo da cui derivano e la materia su cui vertono, escludono assolutamente il carattere commerciale (1). Quel taglio dunque netto tra obbligazioni d'indole civile ed obbligazioni d'indole commerciale, che presuppone la disposizione di legge in esame, riesce quasi impossibile con la presunzione della commercialità degli atti sancita all'art. 4.

Ma vi ha ancora di più. Il presente Codice di commercio volle che nelle operazioni miste — in cui cioè da una parte vi è il commerciante che esita una merce, e dall'altra il consumatore che l'acquista, considerandola quale oggetto di consumo e non di scambio — prevalesse l'elemento commerciale. E giustamente: perchè è per effetto dello scambio che il consumatore può soddisfare ad un proprio bisogno, per quanto ottenga questo soddisfacimento compiendo un atto di natura civile. Ragionevole adunque la illazione che, ad evitare distinzioni sottili e pericolose, l'atto, di prevalente carattere commerciale, si consideri commerciale per ambedue le parti (art. 54 e 870 Cod. comm.) (2). Per conseguenza, anche nella ipotesi che l'atto pel commerciante sia civile, basta che tale non sia per l'altro contraente, perchè l'indole ne sia modificata, e da civile divenga commerciale. In altre parole: siccome nella vita pratica la soddisfazione dei bisogni di ogni genere si ottiene, in massima, contraendo rapporti giuridici con persone che fanno tema della loro operosità commerciale il soddisfacimento di questi bisogni; così la sfera delle obbligazioni le quali per il Codice di commercio vigente sono soggette alla competenza e alla legge del commercio, si è enormemente allargata, tanto che pochi contratti, che hanno riferimento al consumo, sfuggono ormai a quella competenza e a quella legge. Di qui la conseguenza che il commerciante si trova trascinato esso pure nell'orbita del commercio anche allora che agisce quale semplice consumatore. Che ne deriva pertanto? Ne deriva che chi fece l'operazione di commercio, non solo può trascinare il commerciante consumatore, come qualunque altro privato non commerciante, dinanzi al fôro commerciale, e far giudicare la contestazione con la legge del commercio, ma può anche farlo fallire. Giacchè, se il privato non commerciante non è soggetto al fallimento per quante obbligazioni compia di natura mista, nelle quali agisce come consumatore (art. 54 Cod. comm.); altrettanto non può dirsi nell'ipotesi che il consumatore abbia già la qualità di commerciante. Infatti, l'art. 683 richiede quali estremi per ritenere taluno in istato di fallimento: che sia commerciante; che esista la cessazione dei suoi pagamenti; e che l'obbligazione non soddisfatta sia commerciale. Non dice che l'obbligazione, in modo specifico, si riferisca al commercio a cui il commerciante

(1) Si veggano in proposito le mie *Osservazioni* alla sentenza 18 dic. 1884 della Corte di cass. di Roma nell'*Annuario critico della giurisp. comm.*, II, pag. 59; nonchè il mio *Commento al Cod. di comm.* (ed. Drucker e Tedeschi), I, n. 90 e 91.

(2) Si consulti sull'argomento i miei due scritti pubblicati nella *Temi Veneta*, VIII, n. 32; vol. XI, num. 27.

si consacra. E non poteva dirlo: perchè non si può circoscrivere l'attività d'un commerciante al ramo di speculazione che principalmente esercita; perchè l'indole formale delle obbligazioni cambiarie esclude la possibilità di ogni distinzione quando il debito è cambiario; e perchè, infine, la tutela speciale del fallimento è concessa in confronto di un commerciante, avuto riguardo genericamente all'indole commerciale dell'obbligazione, non alla specialità che l'obbligazione provenga appunto da quel commercio che il debitore in modo principale esercita. Se dunque l'obbligazione è ritenuta commerciale per legge, sia pure per considerazioni subbiettive, e se il debitore è commerciante, ne deriva che il non aver soddisfatto quell'obbligazione dà diritto al creditore di adottare in suo confronto anche il mezzo esecutivo del fallimento.

Si noti, per ultimo, che la stessa legge commerciale impone al commerciante l'obbligo di dichiarare mese per mese nel suo giornale le somme impiegate nelle spese della sua casa (art. 21 Cod. comm.), ciò che prova l'influenza di tali operazioni sulla vita del commerciante, considerato, quanto meno, come uno degli elementi che concorrono ad accelerarne o ritardarne il moto (1). Si ricordi che per l'art. 854, n. 1 vi ha bancarotta semplice se le spese personali o quelle della famiglia del fallito furono eccessive rispetto alla sua condizione economica. E si rileverà come la distinzione tra obbligazioni civili e commerciali non ha proprio ragione di essere.

Anche nel Belgio fu viva la discussione sull'argomento, quando fu approvata la legge del 1851 sui fallimenti. La Camera dei deputati ammetteva il principio che anche il non pagamento dei debiti civili poteva trascinar seco il fallimento di un commerciante. L'opinione contraria era sostenuta dal Senato. Si finì con una specie di transazione. Il Senato si piegò all'opinione della Camera dei deputati, ma alla condizione che il non pagamento dei debiti civili fosse di tal natura da distruggere il credito commerciale del debitore. E il primo alinea dell'art. 439 di quella legge fu formulato per ciò in questi termini: « Tout commerçant qui cesse ses payements et *dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite* », (2). Non applaudirei ad un'aggiunta simile nel Codice patrio; perchè l'esigere la prova preventiva dal creditore che *il credito del debitore è scosso*, viene a sostituire il concetto della insolvibilità al fatto materiale ed esteriore della cessazione dei pagamenti, e questa sostituzione non coopererebbe certo alla migliore e più sicura applicazione dell'istituto del fallimento.

Ciò è detto unicamente quale critica della legislazione in vigore, e nella speranza di poter contribuire al suo miglioramento. *De lege lata* la questione è risolta. — Solo, per completarne la trattazione, dirò di un'ultima disputa che si fa in proposito. I debiti civili non soddisfatti potranno esser presi a calcolo dal tribunale per apprezzare la condizione del debitore il quale non abbia pagato qualche debito commerciale? Anche qui dovrò andare contro la corrente dell'opinione più accetta. Giacchè la maggioranza degli scrittori opina che se il fallimento non può essere pronunciato che per difetto di pagamento di obbligazioni commerciali, tuttavia l'inadempimento delle obbligazioni civili potrà essere preso in considerazione dal giudice per apprezzare *quel fatto complesso* che è la cessazione dei pagamenti (3). Ora questa idea fissa del *fatto complesso* ho procurato di eliminarla nei capitoli prece-

(1) Questo rilievo fu fatto dall'egr. avv. Moise Vitalevi nel suo scritto: *Elementi costitutivi dello stato di fallimento*, pubblicato nella *Rassegna di dir. comm.*, I, p. 182.

(2) NAMUR, *Code de comm. belge revisé*, III, 1582.

(3) Non cito autori, perchè già son quasi tutti d'accordo. Ricordo solo il num. 760 del verbale della Commissione compilatrice del Codice.

denti e in modo speciale al n. 8; quindi non mi ripeterò. Dirò soltanto che se è il creditore per obbligazioni commerciali che chiede la dichiarazione di fallimento, egli non ha bisogno di ricorrere ad altri fatti per stabilire la insolvibilità del debitore o la insolvenza di altri suoi debiti. Egli deve solo dimostrare che non fu pagato. Che se invece è il tribunale, il quale d'ufficio pronuncia il fallimento, esso deve unicamente occuparsi dei debiti di natura commerciale per stabilire se il non averli pagati dipende dallo sbilancio dell'azienda, dal fatto, cioè, che la macchina commerciale non funziona regolarmente. Ogni indagine sull'esistenza di debiti civili esorbiterebbe lo scopo per cui il tribunale è investito della facoltà di pronunciare il fallimento d'ufficio, e ne modificherebbe il concetto fondamentale, per cui non devesi aver riguardo che alle obbligazioni commerciali. La coerenza dei principii accolti dal legislatore non dovrebbe condurre a diversa soluzione.

Art. 684.

Il fallimento è dichiarato con sentenza pronunciata sulla dichiarazione del fallito, o ad istanza di uno o più creditori, o d'ufficio.

Art. 685.

La dichiarazione di fallimento è pronunciata dal tribunale di commercio nella cui giurisdizione il debitore ha il suo principale stabilimento commerciale.

Il tribunale è investito dell'intiera procedura del fallimento e conosce di tutte le azioni che ne derivano, se per loro natura non appartengono alla giurisdizione civile.

Le forme del procedimento sono regolate dalle disposizioni del presente titolo, dalle disposizioni speciali contenute nel libro quarto e dal codice di procedura civile.

Art. 686.

Il fallito entro giorni tre dalla cessazione dei pagamenti, compreso quello in cui cessarono, deve farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale di commercio designato nell'articolo precedente.

La dichiarazione dev'essere accompagnata dal deposito del bilancio certificato vero, datato e sottoscritto dal fallito, e dei suoi libri di commercio nello stato in cui si trovano.

Il bilancio deve contenere l'indicazione e l'approssimativa estimazione di tutti i beni mobili ed immobili del fallito, il prospetto dei suoi debiti e crediti col nome, cognome e domicilio dei singoli creditori, il quadro dei profitti e delle perdite, e quello delle spese.

Art. 687.

Ogni creditore per causa di commercio può chiedere al tribunale competente la dichiarazione del fallimento del commerciante suo debitore, dimostrandone la cessazione dei pagamenti.

Non sono ammessi a chiedere la dichiarazione del fallimento i discendenti, gli ascendenti e il coniuge del debitore.

Art. 688.

Se sia notorio o se per altri mezzi siavi sicura notizia che un commerciante abbia cessato di fare i suoi pagamenti, il tribunale deve dichiarare il fallimento d'ufficio, ma può, se lo crede necessario, sentire previamente il fallito.

Art. 689.

Nei primi sette giorni di ogni mese i notari e gli uscieri devono trasmettere al presidente del tribunale di commercio nella cui giurisdizione risiedono o del tribunale civile che ne fa le veci, sopra opportuno modello a stampa somministrato dal tribunale medesimo a spese d'ufficio, un elenco dei protesti fatti nel mese precedente. L'elenco deve indicare la data di ciascun protesto, il nome, il cognome e il domicilio delle persone alle quali fu fatto e del richiedente, la scadenza della obbligazione protestata, la somma dovuta e i motivi del rifiuto del pagamento.

Gli elenchi devono essere di mese in mese riuniti in fascicolo e conservati nella cancelleria, affinchè ognuno possa prenderne notizia.

Il notaro o l'usciere che non adempie quest'obbligo è punito con pena pecuniaria estensibile dalle lire cinque alle lire cinquanta.

Sommario.

11. *Il fallimento è un fatto giuridico il quale richiede una sentenza che lo constati e lo dichiari.*
12. *Autorità giudiziaria competente a dichiarare il fallimento.*
13. *Efficacia giuridica in Italia delle sentenze estere dichiarative di fallimento.*
14. *Fallimento pronunciato ad istanza del fallito. Può chiedersi a mezzo di un mandatario.*
15. *Del bilancio; suo contenuto; effetto giuridico delle sue enunciazioni.*
16. *Fallimento dichiarato dietro istanza dei creditori. Creditori ipotecari, con pegno o privilegiati. Creditori a termine o sotto condizione.*
17. *Divieto pegli ascendenti, discendenti e pel coniuge del debitore.*
18. *L'istanza di fallimento può proporsi dai creditori o con ricorso o con citazione.*

19. *Se la sentenza che rigetta la domanda di dichiarazione di fallimento, costituisca cosa giudicata pegli altri creditori.*
20. *Responsabilità del creditore che ha chiesta ed ottenuta una dichiarazione di fallimento, poi revocata.*
21. *Fallimento dichiarato d'ufficio dal tribunale.*
22. *Notizia e pubblicità degli elenchi dei protesti cambiari.*
23. *Responsabilità del notaio e dell'usciere in caso di ritardo a comunicare gli elenchi. Procedura.*
24. *Azioni che derivano dal fallimento, devolute alla cognizione del tribunale che lo ha dichiarato.*

11. Da Pardessus a parecchi degli ultimi commentatori del vigente Codice di commercio, si ripete, perfino con monotona uniformità di parole, che consistendo il fallimento nella cessazione dei pagamenti, la cessazione dei pagamenti è un fatto che il tribunale constata, ma non crea. Esso non fa che proclamarne giudizialmente la esistenza (1).

È vero: la cessazione dei pagamenti è un fatto anteriore alla dichiarazione di fallimento. Ma è anche vero che la cessazione, senza la constatazione e dichiarazione giudiziale, non produce alcuna delle conseguenze proprie del fallimento. Unica conseguenza della cessazione, quale mero stato di fatto, è questa: che il debitore non può reclamare il beneficio del termine in confronto del creditore, il quale, provando che il debitore è divenuto *non solvente*, ne chieda la decadenza da quel beneficio (art. 1176 Cod. civ.) (2).

(1) Professò questa opinione, interpretando l'art. 256 del Codice di comm. abrogato, la Corte d'appello di Bologna con la sentenza 26 ottobre 1878, Ascoli c. Biagini (*Foro it.*, IV, 1, 228).

(2) Che l'art. 1176 Codice civ. sia applicabile anche ai commercianti e ai debiti commerciali, lo ammise la Corte d'appello di Venezia con la sentenza 23 maggio 1882, in causa Pascatti c. Paucino (*Temi Veneta*, 1882, p. 293), notando che l'art. 1176 parla di *debitore divenuto non solvente*, in modo generico; e perchè le leggi generali spiegano la loro efficacia giuridica in tutti quei casi nei quali le leggi speciali altrimenti non dispongono. Anche la Cassazione di Firenze (dec. 25 luglio 1881, *Temi Veneta*, VI, pag. 416) riconosceva che l'insolvenza del debitore per titoli cambiari lo faceva decadere dal beneficio del termine convenzionale, in virtù della legge generale.

Affermò invece principio contrario la Corte d'appello di Catania con la sentenza 25 ottobre 1875, Albanese-Quattrone (*Annali*, IX, 2, 591) motivando: che deve prevalere nei rapporti commerciali la legge del commercio; che per questa legge l'insolvenza del commerciante produce il fallimento; e che la perdita del termine a favore di qualche creditore creerebbe fra i creditori disuguaglianze enormi ed ingiuste. Prosegue declamando contro le armi aguzzate a particolare vendetta che si appresterebbero a creditori iniqui con l'applicazione al commercio dell'art. 1176!... Il prof. Majorana difende nell'*Antologia giuridica* (1886, fascic. 1) l'avviso della Corte d'appello di Catania, volendo provare che la non solvenza dell'art. 1176 Cod. civ., corrisponde allo stato di decozione, e cioè alla *déconfiture* dei francesi; e che il Codice di commercio, come *jus singulare*, deve applicarsi in modo da farne armonizzare le varie disposizioni, prima di conciliarlo col diritto civile. Ribadisce quindi gli inconvenienti che risentirebbe il commercio se un creditore, facendo decadere dal termine un debitore insolvente, distruggesse quella eguaglianza di trattamento fra i creditori che il giudizio di fallimento mira ad attuare.

Dissento da questa opinione. — Il creditore, che non è pagato, è libero o di procedere esecutivamente contro il proprio debitore commerciante, o di farne aprire il fallimento se il debito è commerciale. Può dunque esperire o i mezzi ordinari di esecuzione, o quello straordinario del fallimento. Se invece non ha ancora un credito esigibile, e può provare che il debitore è divenuto non solvente, come può chiedere un sequestro conservativo (art. 924 Cod. proc. civ.), così può far decadere dal termine il proprio debitore. Togliergli questa facoltà solo perchè si tratta di un'obbligazione commerciale e di un debitore commerciante, significa privare il creditore di una tutela legale là appunto dove maggiore può esserne

Sicchè è appunto la sentenza di fallimento che segna il passaggio della cessazione dei pagamenti quale puro fatto, alla cessazione dei pagamenti quale stato giuridico, produttivo degli effetti propri del fallimento. Il commerciante non è, pertanto, legalmente fallito, con tutte le conseguenze che da questa condizione derivano, se non dopo la pronuncia di fallimento. Soltanto da questa pronuncia si verifica quella mutazione di stato e di capacità personale, quella variazione di rapporti giuridici, quel giudiziale sequestro della sostanza, e quella collettività d'interessi tra i creditori che costituiscono e determinano lo stato di fallimento. " La legge, scrive il Massé, prende per punto di partenza degli effetti di fallimento, non il fatto astratto e incerto della cessazione dei pagamenti, ma la sentenza dichiarativa, o la data del fatto legale e giudizialmente constatato di questa cessazione (1) ".

Rileva giustamente il Bédarride (2) che l'opinione per cui si fa consistere il fallimento nel semplice fatto della cessazione dei pagamenti, indipendentemente dalla dichiarazione del giudice, non è che un semplice ricordo storico. Sono noti infatti gli insegnamenti dei nostri vecchi trattatisti: *ut aliquis pro decocto habeatur, non requiritur aliqua judicis declaratio* (3); *decoctus et proximus decoctionis in nihilo distinguuntur* (4). Ma oggi è insostenibile il concetto del fallimento quale *nudum factum*, senza una sentenza che, constatandolo, gli abbia dato consistenza giuridica, sviluppandone gli effetti stabiliti dal Codice.

La Corte di cassazione di Milano (5) svolgeva con molta cura e copia di argomenti l'opinione che qui si professa. Riproduco i motivi sostanziali della sua pronuncia: " Se la legge dichiara in *istato di fallimento* il negoziante che cessa di fare i suoi pagamenti, essa però non considera nè legalmente *fallito* il negoziante, nè accertato *il fallimento*, se non dopo la giudiziale dichiarazione, che deve essere pronunciata dal tribunale di commercio. Soltanto da questa giudiziale dichiarazione si verifica quella mutazione di stato, di condizione, di capacità nel fallito, quella variazione nei suoi rapporti coi creditori, e dei creditori con lui, che costituisce e determina gli effetti del fallimento stesso; i quali, o nascono per sola disposizione di legge quasi contemporanei alla giudiziale dichiarazione anzidetta, e sono *immediati*, perchè mirano anzitutto all'assicurazione del patrimonio del fallito all'amministrazione devoluta alla massa ed esercitata dai sindaci, alla esigibilità dei suoi debiti anche non scaduti, alla cessazione in favore della massa degli interessi di ogni credito non guarentiti da pegno, ipoteca o privilegio, alla nullità finalmente di quegli atti o contrattazioni che in tempo prossimo alla dichiarazione giudiziale anzidetta fossero stipulati a danno o in frode dei creditori; o sono effetti *mediati* che si realizzano coll'intervento del giudice, esigono il concorso dell'opera degli amministratori cui è affidata la liquidazione del patrimonio, e si svolgono gradatamente al compiersi delle operazioni e del giuridico fondamento della legge, prescritto per la realizzazione del patrimonio del fallito, e pel pagamento di tutti i suoi crediti. Ora, nessuno di questi effetti, sia immediati che mediati, si verifica nel periodo che corre tra la cessazione dei pagamenti e la giudiziale dichiarazione del fallimento; possono

il bisogno. — Nè deve preoccupare eccessivamente la condizione degli altri creditori: anzitutto perchè non devesi dimenticare che: *vigilantibus jura subveniunt;* e perchè il tribunale di commercio, una volta accertato che la non solvenza del debitore è conseguenza del suo dissesto economico, può pronunciarne d'ufficio il fallimento.

(1) MASSÉ, *Droit comm.*, II, n. 1166.
(2) BÉDARRIDE, *Traité des faillites*, Préambule.
(3) ANSALDO, *Disc.* 5, n. 59; *Disc.* 4, n. 6, 20.
(4) CASAREGI, *Disc.* 75, n. 12.
(5) Decisione del 5 luglio 1865, Trucco c. Pitta (*Giur. comm. it.*, 1865, I, 54).

bensì, questa avvenendo, esser colpiti gli atti e le convenzioni nel periodo anzidetto stipulate fra il debitore e uno o più creditori; possono anche essere colpiti, come si disse, gli atti fatti anteriormente alla cessazione dei pagamenti, se fatti a danno od in frode dei creditori; può finalmente farsi luogo all'annullamento di un amichevole concordato che fosse avvenuto fra il negoziante che ha cessato di fare i suoi pagamenti e tutti i suoi creditori, se per conseguire quel concordato si facessero parziali concessioni a taluno col pregiudizio degli altri; ma finchè tale dichiarazione di fallimento non interviene, finchè non esiste che il fatto della cessazione dei pagamenti, non v'è al cospetto della legge vero fallimento, nè quindi possono verificarsene gli effetti. Il negoziante rimane nella integrità dei suoi diritti civili; in nulla è mutata la sua condizione personale; intatti e liberi rimangono i rapporti fra esso e i suoi creditori; egli conserva l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni. — Ritenuta questa essenziale differenza che la legge e la dottrina riconoscono tra il negoziante che per mera cessazione dei pagamenti è *in istato di fallimento*, e quello che giudizialmente è riconosciuto e dichiarato *fallito*, è impossibile sostenere legalmente che possano a quello estendersi i vincoli speciali che la legge ha stabilito per questo, e che le azioni, i fatti, le convenzioni del primo sieno egualmente apprezzate, coartate, represse e colpite di nullità, come lo sono, per le leggi eccezionali del commercio, quelle del secondo; se diversa è la condizione e la personale capacità del negoziante nei due stadii accennati, diverse necessariamente devono essere le disposizioni e le norme colle quali la legge intende regolare le azioni, i diritti, le operazioni dell'uno e quelle dell'altro. Conseguentemente ogni disposizione del Codice di comm., che riguardi il solo negoziante fallito, e le operazioni di fallimento, o gli effetti qualsiansi del medesimo, ove la legge chiaramente non lo dichiari, non possono estendersi ed applicarsi al negoziante, che, comunque abbia sospeso i suoi pagamenti, non è ancor dichiarato giudizialmente fallito „.

In base al principio sopra enunciato la Corte d'appello di Venezia giustamente sentenziava che: " le condizioni richieste per pronunciare il fallimento si determinano secondo la legge vigente al tempo in cui la domanda di fallimento è proposta, non secondo quella vigente all'epoca in cui il debito è scaduto e rimase insoddisfatto (1) „. — Ed infatti: se anche le condizioni per chiedere il fallimento si sono verificate sotto la legislazione abrogata, ciò non costituisce ancora lo stato di fallimento. I creditori avevano la *facoltà* di far pronunciare il fallimento, perchè esisteva lo stato di fatto della cessazione dei pagamenti. Ma una concessione della legge non diventa diritto acquisito, se non in quanto la si faccia propria con un atto il quale dimostri l'intenzione di voler profittare della facoltà generale accordata a tutti i cittadini che si trovino nella condizione prevista dalla legge. E poichè quest'atto non fu messo in essere dai creditori sotto il vigore della legge precedente col chiedere la pronuncia del fallimento, si rimase nel campo delle *facoltà*, le quali possono dal legislatore togliersi con una legge posteriore, senza alcuna offesa ai diritti privati.

12. L'art. 685 devolve la competenza a pronunciare il fallimento *al tribunale di commercio nella cui giurisdizione il debitore*

(1) Decisione 23 dicembre 1884, Fabrici c. Rubini (*Monit. dei trib.*, 1885, p. 116). Trattavasi di un creditore per obbligazione civile. Il debito non era stato soddisfatto sotto il vigore del Codice del 1865; ma le domanda di fallimento era stata presentata sotto il vigore del Codice nuovo. Mancava pertanto uno dei requisiti che questo Codice esige — la commercialità dell'obbligazione insoddisfatta — per poter chiedere l'apertura del fallimento.

ha il suo principale stabilimento commerciale. — A me sembra non possa nemmeno sorgere il dubbio, pure elevatosi in Francia, se nel caso che un tribunale civile venga a riconoscere l'esistenza della cessazione dei pagamenti d'un commerciante durante la contestazione d'una lite, sia in facoltà di applicare senz'altro la conseguenza che ne deriva, e cioè il fallimento (1). Infatti, non si tratta di applicare il broccardo che il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione; perchè esso suppone la competenza del giudice a conoscere anche dell'eccezione; e questa competenza, nel caso, assolutamente non esiste. Il constatare e dichiarare un fallimento spetta, *ratione materiae*, al tribunale di commercio; ed è quindi uno sproposito tirar fuori la teoria della pienezza della giurisdizione dei giudici civili, per attribuire ad essi una competenza che non hanno. E sarebbe poi strano che, mentre la sentenza dichiarativa di fallimento, per la sua speciale natura giuridica, ha effetto *erga omnes;* si potesse ammettere una pronuncia incidentale di fallimento da parte del tribunale civile, sentenza che non avrebbe effetto se non in confronto del creditore che sta in giudizio e nei limiti della lite in cui la dichiarazione sarebbe emessa (2).

Riconosciuta, pertanto, la esclusiva competenza del tribunale di commercio, il Codice determina poi debba essere di quel tribunale *nella cui giurisdizione il debitore ha il suo principale stabilimento commerciale.* Con questa precisa indicazione pérdono, ad avviso mio, di valore tutte le questioni riguardanti il domicilio del fallito, quale fatto determinativo la competenza territoriale per la pronuncia di fallimento. Considerato il fallimento come la morte commerciale del debitore, l'intero giudizio riguardante la sua successione commerciale è devoluto al fôro del suo principale stabilimento, che è quanto dire al fôro del domicilio della sua azienda. L'esistenza di questo stabilimento è il fatto esteriore, materiale, che la legge contempla, anche se eventualmente il commerciante abbia un domicilio personale, civile, diverso, quale centro di altri suoi interessi od affari, o un domicilio imposto dalla legge, come è quello della moglie che ha il domicilio del marito (art. 18 Cod. civ.) (3). La constatazione d'uno stabilimento commerciale implica una inda-

(1) Così opina, fra altri, il RENOUARD, e così decise la Cassazione di Francia con la pronuncia 13 novembre 1838. La confutazione però della strana teoria è fatta largamente dai dotti DELAMARRE e LEPOITVIN, *Traité de dr. comm.*, VI, p. 67 e segg.

(2) LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de dr. comm.*, num. 2649.

(3) Per me, adunque, lo stabilimento, il banco, l'ufficio, lo studio, non designa il domicilio del proprietario (che è una relazione della vita civile), ma il *domicilio dell'azienda*, considerata obbiettivamente. — Il perchè, tutti gli atti giudiziali e stragiudiziali che riflettono l'azienda vanno notificati nello stabilimento (art. 139 Codice proc. civile); e la competenza a giudicare delle azioni che riflettono l'azienda è devoluta ai magistrati del luogo, nella cui giurisdizione esiste lo stabilimento. Invece tutti gli atti personali al proprietario, estranei all'azienda, devono notificarsi alla residenza o al domicilio legale del proprietario, domicilio che può coincidere con quello dell'azienda, ma che può essere anche diverso. — Annetto a questa mia distinzione una grande importanza, tanto più che rari scrittori la tracciano, oppure, anche tracciata (come fa il BORSARI, *Commento al Codice del* 1865, § 1733), non ne rilevano l'importanza. Si consultino ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels* ecc., Leipzig, § 16; GARRIS, *Das deutsche Handelsrecht*, Berlin, § 13; VIDARI, *Corso di dir. comm.*, I, n. 165, 650; MARGHIERI, *Il diritto comm. esposto sistem.*, I, § 189; e si noterà come anche questi autorevolissimi scrittori parlino di domicilio del principale e domicilio dell'azienda alternativamente, senza, cioè, demarcare la differenza che praticamente può esistere tra l'uno e l'altro. Anzi il VIDARI dice senza più che: " il domicilio d'un commerciante è nel luogo dove egli tiene il proprio stabilimento mercantile, o in ciascuno dei luoghi dove egli tiene i propri stabilimenti, se ne abbia parecchi „ (n. 165 *quatuor*). Ciò non può essere, perchè il domicilio personale, civile, non può essere che UNO; e basta pen-

gine semplice, sicura, di mero fatto. Ed ha poi questo di buono, che ove esiste lo stabilimento principale si possono raccogliere con facilità tutti gli elementi necessari per regolare la procedura di fallimento.

La sola difficoltà che potrà sorgere sarà quella di determinare in alcuni casi quale fra parecchi stabilimenti sia realmente il principale; e ciò, in ispecie, per quelle società che, funzionando in Stati diversi, danno luogo, come si rileverà nel capitolo successivo, a gravi questioni di diritto internazionale privato. In questa materia, meglio di una norma dottrinale, varrà l'apprezzamento del giudice, fondato sulle peculiari circostanze di fatto. Tuttavia parmi possa qualificarsi stabilimento principale quello che accentra in sè il movimento generale dell'azienda; a cui sopraintende, per lo più, la mente direttrice del proprietario, o, se si tratta di società, della rappresentanza sociale; da cui partono gli impulsi e le iniziative; e dove si tengono i registri. Esattamente, quindi, la Corte di appello di Roma (1) escludeva la qualità di stabilimento principale, e riconosceva, invece, il carattere di semplice succursale o agenzia, in uno stabilimento in cui mancava la vita individuale e propria, la libertà di iniziativa e movimento nella propria sfera d'azione. — Se quindi si trattasse di uno stabilimento industriale, avente il proprio centro di spaccio nella giurisdizione di un tribunale diversa da quella in cui esiste l'officina; stabilimento principale, nel senso della legge, dovrebbe ritenersi quello in cui si ricevono le ordinazioni, si tengono i registri, e si provvede a quanto occorre per lo spaccio della merce fabbricata.

Può verificarsi il caso che il commerciante, dopo aver cessato di fare i suoi pagamenti in un luogo, si rechi in un altro, ed ivi apra un nuovo stabilimento di commercio. Se un creditore, in causa di obbligazioni contratte dallo stabilimento ormai chiuso, provochi il fallimento, la competenza è del tribunale nella cui giurisdizione questo stabilimento si trovava, oppure dove attualmente il commerciante esercita il proprio commercio? Opino sia del tribunale dell'attuale stabilimento, inquantochè devesi aver riguardo al momento in cui si emette la sentenza dichiarativa di fallimento, per determinare tanto gli elementi necessari per costituirlo (come s'è detto nel capitolo precedente), quanto la competenza del giudice che deve pronunciarlo. Gli scrittori, però, accogliendo questo avviso, mettono innanzi una distinzione. Essi, cioè, ritengono che la competenza del nuovo tribunale cessi ognorachè si possa provare che il commerciante, essendo imminente il proprio fallimento, si è recato altrove con la intenzione fraudolenta di sottrarre la propria situazione economica alla cognizione dei giudici che meglio potevano apprezzarla (2).

Non divido questa opinione. — Prima di tutto, come si farà a provare la intenzione fraudolenta di voler sottrarre il fallimento al giudizio di una magistratura per devolverlo ad una diversa, mentre, alla fin fine, se potrà essere più difficile al giudice del luogo del nuovo stabilimento di raccogliere quanto occorre per constatare l'indole del fallimento, questa maggior difficoltà non può far ritenere seriamente al fallito di poter per essa soltanto sottrarsi alle con-

---

sare al domicilio maritale della moglie commerciante per convincersi che questa può avere interessi personali estranei all'azienda, sui quali il domicilio di questa e la relativa competenza dei giudici della sede dello stabilimento non devono nè possono esercitare alcuna influenza.

(1) Decisione 15 giugno 1882, *Union Générale* c. De Goodt (*Eco di giur. comm.*, VI, 2, 310).

(2) ALAUZET, *Droit comm.*, VI, n. 2429; LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de droit commerc.*, II, n. 2580*bis*. E la Corte d'appello di Caen con la pronuncia 28 marzo 1882 (*Journal des faillites*, 1882, p. 496), sentenziava: che non può dipendere dal fallito di sottrarre le operazioni del suo commercio al giudice del luogo in cui si sono attuate, e in cui si verificò la cessazione dei pagamenti, trasportando altrove il proprio domicilio ed ivi facendo la dichiarazione di fallimento.

seguenze del proprio operato? In secondo luogo, si ammetta che il nuovo stabilimento funzioni da qualche tempo, e che si sia già creato un nuovo e largo indirizzo d'affari. Basterà forse che si retrotragga il fallimento ad epoca anteriore al cangiamento del domicilio commerciale, e si ritenga che la mutazione sia stata effetto di una manovra dolosa, perchè sorga l'incompetenza del tribunale del luogo attuale, e le operazioni del fallimento siano rimesse ad un tribunale diverso? Finalmente, l'articolo 685, dicendo che la competenza è del tribunale nella cui giurisdizione il debitore ha il suo stabilimento commerciale, si riferisce chiaramente e senza distinzioni all'epoca in cui il fallimento si dichiara. In caso diverso, il legislatore avrebbe detto che la competenza è devoluta al magistrato del luogo in cui si è verificata la cessazione dei pagamenti.

Questa soluzione si connette all'altra da darsi nell'ipotesi del fallimento d'un commerciante girovago. Il fallimento di uno di questi negozianti si pronuncierà dal tribunale del luogo in cui si verificarono gli imbarazzi finanziari che provocano il fallimento, oppure dove, anche momentaneamente, egli si trova all'epoca in cui si chiede la pronuncia di fallimento? Ritengo, per quanto ho già detto, che la competenza sia del tribunale in cui il commerciante si trova quando il fallimento è domandato; tanto più che, trattandosi in questo caso di un commercio ambulante, il dubbio del suo fraudolento trasporto svanisce di fronte all'indole peculiare del commercio.

Si faccia ora l'ipotesi che due tribunali pronuncino il fallimento dello stesso commerciante. È impossibile che le due procedure coesistano, perchè il giudizio di fallimento deve essere unico ed universale (1). In tal caso, pertanto, qualunque interessato (2) potrà opporre l'incompetenza del tribunale, nella cui giurisdizione non esiste lo stabilimento principale del debitore. E se i due stabilimenti potessero ritenersi ambedue, per l'indole propria, ugualmente principali, si deciderà col criterio della prevenzione: il giudizio, cioè, si devolverà a quel tribunale che primo ha proferita la sentenza di fallimento (3).

13. L'argomento che si riferisce alla efficacia di una sentenza dichiarativa di fallimento, oltre i confini dello Stato in cui fu pronunciata, può studiarsi o quale ricerca scientifica, in modo puramente astratto; oppure alla stregua dei giudicati emessi dalle magistrature.

Come già ripetutamente s'è detto, il fallimento deve considerarsi quale un giudizio esecutivo universale esteso a tutto il patrimonio del debitore, all'effetto che tutti i creditori ottengano parità di trattamento, tenuto calcolo dei diritti di poziorità da essi legittimamente acquistati. — L'universalità del giudizio si completa poi con l'unità del magistrato che, dichiarato il fallimento, ne nomina la rappresentanza, ne sorveglia la

(1) Del fallimento di una società e della sua coesistenza col fallimento dei soci a responsabilità illimitata che ne facevano parte, si parlerà commentando l'art. 847.

(2) È erronea l'opinione professata dal tribunale di Livorno nella sentenza 18 luglio 1865 (*Giur. comm. it.*, 1865, 2, 232), che si tratti di incompetenza relativa, non opponibile che dal fallito. Non vi è dubbio che l'incompetenza è relativa e cioè per territorio; ma è anche fuori di dubbio che i creditori sono interessati nel giudizio di fallimento, e che quindi quanto riflette questo giudizio, e in modo speciale la competenza del giudice dinanzi cui dovranno far valere i loro diritti, non può essere ad essi indifferente. E in questo senso decise appunto la Corte d'appello di Roma con la sentenza 11 luglio 1874, affermando che l'incompetenza del tribunale interessa la massa dei creditori, la buona amministrazione della giustizia, e anche la polizia giudiziaria.

(3) Confr. CUZZERI, op. cit., n. 85; BORSARI, *Comm. al Cod.* del 1865, § 1738.

liquidazione, scioglie i litigi, e provvede perchè il fallimento abbia la sua regolare definizione. E, nei limiti di ogni Stato, il fallimento è realmente un giudizio di esecuzione universale ed unico. Ma il principio trova un ostacolo ad attuarsi quando si estende ai rapporti internazionali. Perchè non si può pretendere che un legislatore abbia a largheggiare in concessioni verso gli altri Stati nel riconoscimento delle loro leggi e dei loro giudicati, finchè non ha la certezza ch'essi usino il medesimo trattamento per le leggi e per le sentenze del proprio paese (1).

Tutto dunque è affidato all'arbitrio e alle decisioni dei magistrati, che, in questa parte, sono realmente *viva vox legis*. — Il perchè, tenuto calcolo dell'indole di questo lavoro, credo di restringere il mio còmpito ad esporre con la maggiore chiarezza ed esattezza lo stato della giurisprudenza più recente del nostro paese, coordinando le decisioni a seconda dei principii che professarono. In seguito a questo esame dirò concisamente il mio parere.

È noto subito che la vecchia e sospettosa dottrina che tanti sono i fallimenti quanti sono gli Stati in cui il fallito possiede beni e case di commercio, ebbe pochi e ormai remoti sostenitori (2). Per questa dottrina, il fallimento dichiarato all'estero non avrebbe in Italia alcuna efficacia; sarebbe necessaria una nuova dichiarazione emessa dai magistrati italiani.

Dottamente combattè questa dottrina la Corte d'appello di Roma, con la decisione 15 giugno 1882 in causa *Union générale* c. De Goodt (3) con una motivazione così efficace, che è prezzo d'opera riprodurla in parte: " ..... La odierna legislazione italiana, conformata a larghe e liberali vedute, riconosce l'autorità della cosa giudicata, che si presume una verità sociale, nelle sentenze pronunciate all'estero dalla potestà competente secondo la legge ivi in vigore, purchè *siansi regolarmente citate le parti*, e queste sieno state *legalmente rappresentate* o *legalmente contumaci*, e se infine la sentenza stessa non contenga disposizioni che contraddicano all'*ordine pubblico* o al *diritto pubblico interno* dello Stato (art. 941 Codice proc. civ.). ..... La mancanza di precetti codificati di diritto internazionale privato, quanto alla giurisdizione estraterritoriale dei tribunali stranieri in materia di fallimento, non ha impedito che a cotesto difetto... siasi venuto a sopperire proclamando al riguardo l'applicabilità dei principii generali del diritto, accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana. Le quali hanno oramai accettato che, nei casi di fallimento, vuoi di persone individue commercianti, vuoi di enti collettivi costituenti società commerciali, specialmente allora che l'oggetto della speculazione sia unico, il fallimento dell'individuo o della società stessa debba essere subbietto di un solo esame davanti al medesimo giudice, perchè la massa dei beni del debitore, quali che essi sieno, e dovunque posti, per un principio di ragione universale, sanzionato da tutti i legislatori, costituisce la comune garantia dei creditori, senza distinzione di nazionalità. Onde si ritiene di buon diritto che le succursali o agenzie di una società commerciale estesa, abilitate ad operare nel regno, abbiano a seguire il fato della società stessa da cui rilevano, così nella prospera come nell'avversa fortuna; e perciò è ammesso dai più chiari cultori della scienza del giure internazionale privato, che la dichiarazione di fallimento della società abbracci mede-

(1) È da consultarsi la relazione del prof. CARLE intorno al fallimento nel diritto internazionale, fatta pel secondo Congresso di Torino (1880). Ivi sono ricordati gli autori, italiani e stranieri, che si occuparono dell'argomento.

(2) Decis. della Corte d'app. di Torino, 5 marzo 1866, Richtel c. Scola; e 27 luglio 1866, Richard c. Faurax (*La Giurisprudenza*, III, 170, 361).

(3) *Eco di giurisprudenza commerciale*, VI, 310.

simamente le sedi che ne dipendono, ancorchè situate in territorio straniero (1). Diversamente, si darebbe luogo ad assurdità manifeste, per cui lo stesso individuo, o le medesime società potrebbero apparire fallite in una località, ed in floride condizioni altrove, oltre all'evidente ingiustizia di una disparità di trattamento fra i diversi creditori per la posizione privilegiata che si verrebbe a fare a taluni di essi a scapito degli altri. Il quale privilegio sarebbe tanto più odioso, inquantochè, lungi dall'essere giustificato dalla speciale natura di alcuni crediti, si fonderebbe invece sopra una mera *accidentalità*, e tale da non poter legittimare preferenze o poziorità di sorta. Inoltre, e per lo stesso ordine di considerazioni, la giurisprudenza e gli scrittori nostrani riconoscono che il tribunale del luogo dove la società estera caduta in fallimento tenga la sua sede principale, abbia giurisdizione esclusiva per dichiararlo, anche rispetto alle succursali e filiali operanti in Italia, poichè è esso il magistrato che più di ogni altro trovasi in grado di indagare e di apprezzare i giusti fatti che vi diedero luogo, salvo il giudizio di delibazione della relativa sentenza, circoscritto allo esame di che al precitato art. 941 Cod. proc. civ. e demandato alla Corte nel cui distretto giurisdizionale sia impiantata un'agenzia della società medesima. — La forza delle cose reclama l'inscindibilità, anzichè la pluralità dei giudizi di fallimento, e quindi giustifica la giurisdizione internazionale dei tribunali della sede centrale della fallita „. — Per ultimo osserva la Corte che non potrebbe trascurarsi l'argomento di analogia, che razionalmente si può trarre dall'art. 8 Disp. prel. al Cod. civ., il quale vuole che in materia di successione sia in tutto applicabile la legislazione nazionale del *de cujus*, senza riguardo alla natura ed alla situazione dei beni. Nè vi sarebbe ragione plausibile per adottare un sistema diverso rispetto ai fallimenti.

Prevale però nella giurisprudenza nostra il concetto di distinguere gli effetti diversi che si vogliono conseguire da una sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata in uno Stato estero. E la distinzione consiste in ciò: se quella sentenza si usa in Italia unicamente quale titolo provante la condizione personale del fallito — in quanto cioè lo rende incapace ad amministrare e a disporre dei propri beni, ed affida quest'amministrazione ai sindaci o al curatore — essa può produrre effetto in Italia anche senza esservi prima resa esecutoria col giudizio di delibazione. — Che se, invece, in base alla detta sentenza si intende di effettuare atti di vera e propria esecuzione, devesi procedere al preventivo giudizio di delibazione a sensi dell'articolo 941 e segg. del Codice di proc. civile. « La necessità del giudizio di delibazione — così la Corte di appello di Milano (2) — è mantenuta ancora in omaggio al principio della sovranità territoriale; ma va ristretta ai soli casi in cui si tratti veramente, giusta le parole della legge, di dare esecuzione alle sentenze e ai provvedimenti emanati e ad atti ricevuti in paese estero; ammettendo negli altri casi i titoli stessi quali semplici documenti e diniegando quanto si volesse conseguire in isfregio ai medesimi „.

In conformità a questa dottrina, si ammetteva dalla Corte di appello di Messina (3) non essere necessario il giudizio di delibazione all'effetto di riconoscere in Italia la efficacia dei provvedimenti di un'autorità giudiziaria straniera, in quanto conferi-

(1) Conclusione accolta anche dalla Corte d'app. di Genova con la decis. 5 aprile 1875 in causa Società del gaz c. Gouthier (*Ann.*, v, 596), e dalla Corte d'app. Milano con la decis. 8 maggio 1877 in causa Girard c. Fantoli (*Monit. giud. ven.*, 1877, 443).

(2) Decis. 15 dicembre 1876 in causa Hoffmann c. Mack, Vieghel (*Giur. it.*, XXIX, 276).

(3) Decisione 23 gennaio 1878, Cooper c. Beck e Parisi (*Eco di giur. comm.*, II, 342).

scano a taluno la rappresentanza legale di un fallimento. Anzi, la Corte d'appello di Milano (1) andava tant'oltre da dichiarare: " che le sentenze e gli atti dell'autorità giudiziaria con cui si proclamano i fallimenti, in quanto colpiscono lo stato personale dell'oberato, appartengono alla volontaria giurisdizione, e come tali non hanno bisogno, per acquistare autorità all'estero, di subire un preventivo esame da parte dei tribunali territoriali, non altrimenti da quello che si osserva rispetto agli atti di tutela, autorizzazione maritale e simili „.

E nel seguire questo indirizzo di dare alla sentenza di fallimento un'efficacia internazionale, applicando per analogia i principii di diritto internazionale privato codificati dall'Italia, la Corte di cassazione di Torino volle distinguere i beni mobili dagli immobili. E pose la massima: che il giudicato estero dichiarativo di fallimento non può avere effetto riguardo a beni immobili situati nel regno, se non in quanto sia dato ad esso esecuzione dai magistrati italiani, " perchè — così la Corte suprema — se è vero che in massima il fallimento ha carattere internazionale, ciò però vuol essere coordinato col rispetto voluto alla sovranità territoriale, col principio cioè generalmente ricevuto e sanzionato pur dall'articolo 7 Cod. civ. it., che i beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo ove sono situati „. E indarno si obbietterebbe, aggiunge " il disposto dell'art. 6 delle disp. prel. al Cod. civ., il quale statuisce che lo stato e la capacità delle persone sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono; perchè l'incapacità del fallito non è assoluta, ma relativa ai beni caduti nel fallimento, di cui il fallito perde la disponibilità, conservando tuttavia i diritti inerenti alla di lui persona „ (2).

Io professo opinione diversa dalle massime affermate dalla giurisprudenza italiana con le decisioni fin qui ricordate. Per me la sentenza dichiarativa di fallimento, come dissi ripetutamente, inizia un vero giudizio di esecuzione, per cui l'intiero patrimonio del fallito viene devoluto ai suoi creditori. Il fallito, in tanto viene colpito d'incapacità, in quanto è necessario per togliergli l'amministrazione del suo patrimonio, surrogandogli un'amministrazione legale per conto ed interesse dei creditori. Non può dunque distinguersi l'effetto personale dall'effetto reale, perchè la restrizione personale è conseguente e determinata dalla restrizione patrimoniale. Nè tanto meno poi può farsi una distinzione tra mobili ed immobili; giacchè, anche volendo trar partito dai principii di diritto internazionale privato accolti dalla legislazione patria, rimarrebbe fermo il criterio che trattandosi di una vera successione commerciale del fallito, non possono distinguersi, al pari delle successioni civili, beni da beni (art. 7 disp. prel.). In conclusione, adunque, io ammetto che nessuna sentenza estera dichiarativa di fallimento possa avere effetto qualsiasi in Italia, se non sia stata preceduta da un giudizio di delibazione.

Accolse l'opinione ch'io professo la Corte d'appello di Napoli. " La dichiarazione di fallimento — così quella Corte (3) — ha per obbiettivo più i beni che non la persona del commerciante debitore, più la garantia degli interessi dei creditori che non l'interesse di esso debitore... Ond'è che mal s'invoche-

(1) Decis. 5 novembre 1869, Fallita Bell contro Ditta Pedroni e Cavadini (*Monit. dei trib.* 1870, pag. 105).

(2) Decis. 29 aprile 1871, Riunione Adriatica c. Andreoli (*Annali giur. it.*, v, 1, 178). — Svolgendo ulteriormente il concetto distintivo fatto in questa decisione tra beni mobili ed immobili, la Corte d'app. di Brescia, colla sentenza 1° agosto 1861 (*Annali*, v, 2, 575), affermava esplicitamente che la sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata all'estero spiega i suoi effetti sui beni mobili che il fallito ha in Italia, anche senza bisogno che sia dichiarata esecutiva nel regno la sentenza di fallimento.

(3) Decis. 4 maggio 1868, Colondre c. Assanti e Minervini (*Annali della giur. it.*, II, 2, 167).

rebbe la regola dello statuto personale per indurre da questa l'efficacia della dichiarazione di fallimento nei rapporti internazionali degli Stati. Le stesse efficienze personali nel fallito, derivanti dal giudicato della dichiarazione, sono come un'irradiazione inevitabile dello statuto reale dei suoi interessi nella relazione giuridica degl'interessi dei suoi creditori e della società in generale.... Ma, d'altro canto, mal s'avviserebbe colui che pretendesse, coll'applicazione della regola dello statuto reale, arginare ai confini del territorio straniero l'efficacia d'un giudicato di dichiarazione di fallimento, ed impedire così di aggiungerglisi forza esecutiva nel regno. Imperocchè la detta regola, vera e sussistente nella relazione giuridica privata degli interessi tra creditori e debitori in generale, soggiace alla forza e necessità di un principio superiore, che è d'interesse pubblico di tutte le nazioni, e quindi nel regno stesso in cui si muove l'istanza, salvo che non vi si opponga altra legge di diritto pubblico interno dello stesso regno „.

Del pari, la Corte di Genova (1) affermava che, in difetto del giudizio di delibazione, la dichiarazione di fallimento, pronunciato all'estero, non ha efficacia nel regno nemmeno allo scopo di attribuire a taluno la qualità di sindaco del fallimento.

E nella successiva sentenza 16 settembre 1878, emessa nella medesima causa (2), intrattenendosi sull'obbietto che il fallito in un luogo deve aversi tale dapertutto attesa l'universalità del giudizio di fallimento, così ragiona: " Cotale opinione, se trae origine da' concetti razionali meritevoli di attenzione negli studi diretti a perfezionare la legislazione e migliorare i codici, onde renderli più adatti ai bisogni del diritto internazionale, ed ai rapporti generali del commercio, trova però, allo stato della legislazione vigente, non lievi contrarietà e difficoltà, sì per la varietà di concetti, che per causa di giurisdizione ed impero dei rispettivi Stati, a fronte anche della tutela della libertà personale e della proprietà dei cittadini dei singoli Stati, in conseguenza, per noi, dell'art. 6 delle disp. prel. al Codice civ.; sì perchè nessuna legge eccettua dal giudizio di delibazione le sentenze estere di fallimento che in Italia vogliansi eseguire „. E di identico avviso si pronunciava la Corte d'appello di Torino (3), notando " che per quanto vogliasi ammettere l'universalità del giudizio di fallimento, esso non potrebbe sortire effetto nel regno italiano, se prima non si fosse dichiarato dai tribunali dello Stato esecutorio il relativo giudizio „.

14. La iniziativa della pronuncia di fallimento è triplice: può esser chiesta dallo stesso debitore; o dai suoi creditori; od essere emanata d'ufficio. — Qui si parlerà della prima ipotesi.

L'art. 684 riproduce la scorretta dicitura del Codice abrogato (art. 546), dicitura che gli scrittori francesi già censuravano nel Codice di quella nazione. Esso dice, cioè, che " il fallimento è *dichiarato*.... sulla *dichiarazione* del fallito „. Cosicchè, alla voce *dichiarazione* è attribuito un doppio significato: designa, cioè, tanto la decisione del magistrato che constata la esistenza del fallimento, quanto la confessione che il fallito fa di trovarsi in istato di cessazione di pagamenti (4). Il Codice belga aveva già corretta l'inesattezza di linguaggio, ado-

(1) Decisione 18 giugno 1877, Sauvan, Caire e Massa (*Eco giur. comm.*, I, 713).

(2) *Eco di giur.*, II, 640.

(3) Decis. 6 dicembre 1871, Morandi c. Masera (*Giurisp.*, IX, 86).

(4) La Commissione compilatrice del Codice non credette di modificare l'espressione motivando: che il doppio uso della parola *dichiarazione* non aveva dato luogo in pratica ad alcun dubbio. Lo ammetto; ma riconosco pure che la proprietà del linguaggio e la tecnica legislativa esigono che non si adoperi una sola voce per esprimere concetti diversi.

perando, in questo secondo caso, la voce *aveu* (art. 440).

Allorquando è il fallito che fa la dichiarazione del proprio fallimento, è sufficiente abbia il convincimento della propria insolvibilità, senza attendere di aver effettivamente cessato di fare i suoi pagamenti. Il cessar di pagare dipende esclusivamente da lui. E se la legge impone al commerciante di fare la dichiarazione del proprio fallimento nel periodo di tre giorni dalla cessazione dei pagamenti, lo scopo è d'impedire che il patrimonio subisca alterazioni dopo che il debitore non ha potuto o voluto soddisfare i propri impegni. Che se invece il debitore previene il fatto della cessazione, e sapendosi sbilanciato, provoca il fallimento per attuare l'eguaglianza fra i creditori e maggiormente assicurarli della intangibilità del residuo patrimonio loro devoluto, questa circostanza, in difetto di prove contrarie, può attestare soltanto in favore della corretta condotta del debitore.

È poi conforme al diritto ed alla logica che la dichiarazione di fallimento possa essere fatta da un mandatario del fallito, purchè munito d'un mandato regolare e speciale. Nel silenzio della legge si deve applicare il principio generale: che ognuno ha diritto di farsi rappresentare, tranne i casi espressamente eccettuati. E nella discussione della legge francese sui fallimenti del 1838, si spiegò che il silenzio del Codice in proposito non implicava l'idea di una deroga al diritto comune (1). D'altra parte, la legge che vuole incoraggire le confessioni spontanee dei debitori, non può esigere una comparizione personale che ne accrescerebbe indubbiamente le difficoltà.

Ma per la regolarità del mandato, sarà necessario che sia in forma autentica, o basterà che abbia la firma autenticata? Pardessus (2) esige una procura formale per atto pubblico; ma non adduce i motivi di questa sua opinione. Io ritengo, invece, che non determinando la legge alcuna forma speciale, debba valere la norma fissata all'art. 47 Cod. proc. civ. e cioè che il mandato possa essere tanto in forma autentica quanto per scrittura privata con autenticazione delle firme del debitore (3).

E potrà il mandatario generale *ad negotia*, sia pure con le più illimitate facoltà, presentare la domanda di dichiarazione di fallimento e certificare il bilancio del proprio mandante? Opino di no. Il mandato, concepito in termini generali, non comprende che gli atti di amministrazione (art. 1741 Cod. civ.). Tra questi non può trovar posto la pronuncia di fallimento, che è un vero atto di spoglio, inquantochè il fallito viene per mezzo di esso a perdere l'amministrazione del proprio patrimonio (art. 699 del Cod. comm.). D'altra parte, non bisogna dimenticare gli effetti gravissimi di una pronuncia di fallimento. Essi non sono reali soltanto, ma sono anche personali. Sicchè, se il legislatore, nei casi più gravi, e solo perchè si tratta di distrazione del patrimonio, richiese un mandato speciale (articolo 1741 Cod. civ.); opino che la diminuzione della capacità giuridica, conseguente alla pronuncia di fallimento, esiga non minori cautele di quelle che si domandano per accertare la facoltà di disporre delle sostanze altrui (4).

Il fallito, adunque, od un suo mandatario, si presenta alla cancelleria del tribunale di commercio competente, entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti, compreso il giorno in cui gli stessi cessarono. Il can-

(1) Su questo avviso sono consenzienti tutti gli scrittori. Si vegga la nota 2 a p. 48 (vol. v) del DEMANGEAT al *Traité de droit comm.* del BRAVARD-VEYRIÈRES.

(2) *Cours de dr. comm.* III n. 1096.

(3) Cfr. LYON-CAEN e RENAULT, op. cit. n. 2586.

(4) Confr. PARDESSUS, op. cit., n. 1096; LYON-CAEN e RENAULT, op. cit., n. 2586; NAMUR, *Cod. de comm. belge*, III, n. 1611; ALAUZET, *Droit comm.*, num. 1656.

celliere riceve a verbale la dichiarazione che gli è fatta. Esso è obbligato a scrivere tutte le circostanze che il fallito crede suo interesse di esporre. Il cancelliere è un ufficiale pubblico d'ordine; non spetta a lui di porre limiti alle dichiarazioni del debitore; tanto più che, pel momento in cui sono fatte, possono acquistare in seguito quella importanza che forse nemmeno il fallito o sospetta o vi attribuisce.

15. La dichiarazione è sorretta dal deposito del bilancio che il Codice attuale esige sia certificato vero, datato e sottoscritto dal fallito, nonchè dai libri di commercio, allo stato in cui si trovano al momento della dichiarazione.

Il bilancio contiene:

1° Lo stato delle attività, e cioè la enumerazione e valutazione di tutti i beni mobili ed immobili del fallito; il danaro in cassa; gli effetti in portafoglio; nonchè l'elenco dei crediti. Il fallito indicherà la natura dei propri crediti, se cioè ipotecari, con pegno, privilegiati, o se semplicemente chirografari. — Nel valutare gli enti, che costituiscono le attività, il fallito onesto deve evitare ogni esagerazione; tanto più che il giudizio ristabilisce presto la verità, e l'esagerazione potrebbe costituire una circostanza sfavorevole a carico del fallito per aggravarne la condizione, vuoi, in caso di concordato, pei benefici che possono associarvisi (art. 839), vuoi anche nella procedura di bancarotta.

2° Lo stato delle passività, nel quale si enuncia il nome e domicilio di ciascun creditore, la somma che gli è dovuta, la causale e le garanzie eventuali di ciascun credito.

3° Il quadro dei profitti realizzati e delle perdite subite.

4° Lo specchio delle spese.

Le prime due indicazioni mirano a far conoscere la vera situazione economica del fallito; le due seconde hanno invece lo scopo di illuminare sulle cause, le circostanze e i caratteri del fallimento (1) e chiarire se esso è il risultato della negligenza od imprudenza, oppure se è effetto esclusivo delle mutabili ed infide vicissitudini del commercio.

Così i libri, come il quadro dei profitti e delle perdite devono obbligatoriamente risalire almeno ad un decennio retro (art. 26 Cod. comm.). Maggior esigenza non può aversi; nè può quindi il fallito esser sospettato di distruzione od occultamento doloso dei libri, che risalgano ad epoca più remota, ove esso dichiari di non più possederli. Certo, se il commerciante vorrà chiarire appieno la propria condotta, e detergerla da ogni sospetto, estenderà la sua esposizione retrospettiva fin all'inizio del proprio commercio: ne traccierà le fortunose vicende; e, sulla base degli inventari annuali, giustificherà l'ultimo risultato del quadro dei pochi profitti e delle molte perdite.

Nè di minore importanza è lo specchio delle spese per apprezzare il carattere del fallimento. Se ogni individuo, infatti, deve interdirsi atti di prodigalità e di sperpero; se l'economia domestica è norma di saggia condotta per tutti; pei commercianti è un dovere, un vero obbligo legale (2); perchè essi, speculando sul credito, dissipano il danaro dei loro creditori. — Le spese di famiglia risulteranno dal giornale, dove mensilmente devono essere annotate (art. 21). E se saranno state eccessive rispetto alla condizione economica del fallito, o se, peggio, risulterà che, esagerandole artificialmente, si mirò a coprire operazioni e distrazioni fraudolenti, il fallimento assumerà il carattere della bancarotta semplice nel primo caso (articolo 856, n. 1), di fraudolenta nel secondo (art. 860).

(1) RIVIÈRE, *Réditions écrites*, p. 679.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES. *Tr. de dr. comm.*, v, p. 47.

Ove il fallito giustifichi di essersi trovato senza sua colpa nella impossibilità di presentare il bilancio o i suoi libri di commercio nel termine fissato dall'art. 686, il tribunale, se sia escluso ogni dubbio di malafede, può autorizzarlo, con provvedimento dato in Camera di consiglio, a presentare il bilancio entro un breve termine ulteriore. Così l'art. 746. Ma se non lo ha presentato nel termine legale o legalmente protratto, e non ha fatto il deposito dei libri di commercio, il tribunale, quale misura preventiva, potrà ordinare anche la cattura del fallito (art. 695); e quale misura repressiva, il fallito sarà responsabile di bancarotta semplice (art. 857, n. 3).

È poi naturale che le enunciazioni del bilancio non debbano vincolare i creditori. Le formalità estrinseche richieste per la tenuta dei libri di commercio non concludono certo a far mettere fuori di contestazione la verità intrinseca di quanto essi contengono e che è opera esclusiva di chi li tiene. È così vero che uno dei primi obblighi del curatore è quello di fare le rettificazioni e le aggiunte che reputa necessarie al bilancio presentato dal fallito (art. 745 Cod. comm.).

Ma se le enunciazioni del bilancio non vincolano i creditori, potranno però legare il debitore? In altri termini: le dichiarazioni del fallito nel bilancio costituiscono una confessione giudiziale? No certamente. Il bilancio è atto unilaterale, privato, di cui la verificazione dei crediti e l'opera del curatore dimostreranno la verità o la menzogna e rettificheranno gli errori. Se anche il fallito enuncia le pretese dei creditori, ciò non esclude ch' egli possa contestarle. È, però, erroneo il motivo addotto dal Renouard che il fallito non sia capace di impegnarsi con un riconoscimento che lo vincoli legalmente (1). Il debitore, quando presenta il bilancio, non è ancora colpito da alcuna incapacità. E la stessa incapacità posteriore alla dichiarazione di fallimento non si estende, come si dirà in appresso, a non poter contrarre obbligazioni, ma solo sottrae al fallito l'amministrazione dei suoi beni, perchè non possa nuocere ai creditori (art. 699). Esclusa l'erroneità del motivo, rimane però fermo che le enunciazioni del bilancio non possono parificarsi ad una confessione giudiziale. Quelle sole enunciazioni, di cui la sincerità non sarà contestata, produrranno l'effetto d'un riconoscimento, e potranno, ad esempio, interrompere la prescrizione (art. 2129 Codice civ.) (2).

16. Ogni creditore per obbligazioni commerciali può provocare la dichiarazione di fallimento. E si è già dimostrato, trattando della cessazione dei pagamenti (§ 6), che anche un solo creditore insoddisfatto può chiedere l'apertura del fallimento. In tal caso, il debitore non può scongiurarla, se non adducendo eccezioni, che riflettano in modo particolare l'obbligazione non soddisfatta, e giustifichino il non eseguito pagamento (art. 705).

Per risolvere ora le gravi questioni che si connettono all'argomento che qui si tratta, è d'uopo ch' io ricordi: che, per quanto ho esposto anteriormente (§ 3), il fallimento è una misura di esecuzione generale sui beni del debitore commerciante, accordata al creditore per obbligazioni commerciali, in aggiunta ai mezzi ordinari di esecuzione concessi dal Codice di procedura civile; — che per attuare questo mezzo esecutivo, e ottenere una sentenza dichiarativa di fallimento, è sufficiente dimostrare che il debitore si trova in istato di cessazione dei pagamenti (art. 687); — che, infine, ogni creditore, provocando il fallimento, mette

(1) RENOUARD, *Faillites*, p. 268.

(2) RENOUARD, op. cit., I, p. 270; NAMUR, *Code de comm. belge*, III, n. 1614: LYON-CAEN e RENAULT, op. cit., n. 2588; DALLOZ, *Répertoire*, v° *Faillite*, num. 102.

in essere una procedura esecutiva, che non è ad esclusivo suo vantaggio, ma estende i suoi effetti a tutti i creditori, sicchè può dirsi che il creditore, promovendo il fallimento, sia il gestore della collettività dei creditori.

Poste queste premesse, devesi risolvere la prima questione: e cioè, se i creditori per obbligazioni commerciali garantite da ipoteca, pegno o privilegio possano chiedere la dichiarazione di fallimento. Gli scrittori unanimi rispondono affermativamente. Osservano: che la garanzia reale potrebbe essere insufficiente a soddisfare i creditori, i quali sarebbero quindi esposti a perdere una parte del loro credito. Per questa parte adunque devono pareggiarsi ai creditori chirografari. In ogni modo, la natura del loro diritto non può privarli di una garanzia propria di tutti i creditori, mentre anch'essi hanno interesse di arrestare sul pendìo di una completa, irreparabile rovina, il patrimonio del loro debitore (1). — Riguardo poi ai creditori privilegiati, essendo il privilegio connesso alla causa del credito, esso non assicura che esista una garanzia reale sufficiente per tacitarlo.

Divido anch'io quest'avviso; ma con una aggiunta, che può divenire, nella pratica, efficace garanzia pel debitore. Se questi, cioè, può provare che il creditore ipotecario o con pegno è sufficientemente garantito dalla garanzia reale che possiede, e nessun altro creditore si è associato alla domanda di fallimento, il giudice deve soprassedere alla pronuncia di fallimento, e se pronunciato, revocarlo. Giacchè, se il creditore può valersi cumulativamente dei vari mezzi di esecuzione riconosciuti dalla legge, l'autorità giudiziaria può mettere un freno all'eccesso che si risolve in una vessazione, e restringere il procedimento (art. 567 Cod. proc. civile). È vero che la scelta del mezzo del procedimento, a cui l'esecuzione deve restringersi, è riservata dalla legge al creditore. Ma, trattandosi di attuare una misura esecutiva generale, qual è il fallimento, in confronto di una procedura speciale, limitata, e sufficiente a soddisfare il creditore; avuto riguardo ancora che l'accettazione dell'ipoteca o del pegno implicherebbe già per sè una tacita rinuncia alla misura del fallimento, se la garanzia reale è sufficiente a soddisfare il creditore; ritengo che questi non abbia facoltà di scegliere piuttosto il fallimento che il mezzo ordinario esecutivo.

Più grave assai si presenta l'altra questione, nella cui soluzione sono però consenzienti gli scrittori; quella, cioè, se anche i creditori condizionali ed a termine possano chiedere la dichiarazione di fallimento. Rispondono affermativamente per questi motivi: " perchè se il credito scaduto conferisce un diritto di azione certo e presente, e quello non iscaduto un diritto certo sì ma soltanto di azione futura; per l'uno e per l'altro, tuttavia, il creditore ha egualmente interesse di cautelarsi contro la rovina del comune debitore e, per avventura, contro anche le sue male arti. E non importa che siano sotto condizione, anzichè puri e semplici, perchè anche quei creditori hanno diritto di provvedere alla conservazione dei propri diritti. D'altronde, non facendo la legge alcuna di codeste distinzioni, non le può fare l'interprete „ (2).

Per quanto peritoso, devo esporre la mia opinione contraria affatto ad una dottrina che pure ha per sè il suffragio di tante autorità. Io ritengo, cioè, che una volta dimostrato non essere il fallimento una semplice misura conservatoria, ma sì un vero procedimento d'esecuzione, non possa accordarsi a chi non ha un diritto di certa e attuale esigibilità, la facoltà di far dichiarare il fallimento del proprio debitore. In sostanza, tutti

(1) Senza agglomerare citazioni, ricordo i più recenti ed autorevoli scrittori di Francia e d'Italia, che sono di questo avviso, e cioè LYON-CAEN e RENAULT, op. cit., II, 2593; e VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, 4328.

(2) VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, n. 4328.

gli scrittori guardano l'effetto conservatorio del fallimento; e quindi, all'appoggio dell'art. 1171 del Cod. civ., sono indotti a riconoscere nel creditore sotto condizione (e per analogia anche in quello a termine) la facoltà di far pronunciare il fallimento, così come gli concederebbero il diritto ad ottenere un sequestro conservativo. Ma escluso questo carattere del fallimento, cade, con la premessa, la conclusione che se ne è voluta dedurre.

Taluno addusse altresì il motivo che il creditore, il quale chiede l'apertura del fallimento, non fa valere solo il pericolo che corre il suo credito, ma il pericolo comune di tutti i creditori, dovendo stabilire il dissesto generale in cui il debitore si trova (1). Si rileva però subito come, così argomentando, si sostituisca al criterio fondamentale del fallimento, che consiste nella insolvenza del debitore, il criterio affatto diverso dell'insolvibilità, e cioè della impotenza a soddisfare i propri impegni. E basta notare questa sostituzione di criterî, perchè risulti anche dimostrata l'erroneità della conseguenza che se ne vorrebbe trarre. — Che se, invece, esistessero debiti già scaduti, ed il creditore a termine o sotto condizione, il quale per sè non potrebbe proporre la domanda di fallimento, si facesse forte della effettiva cessazione di questi debiti per presentarla (2); in tale ipotesi, egli agirebbe quale gestore della collettività dei creditori, e meglio di una pronuncia nell'interesse individuale, si farebbe a chiedere un provvedimento nel generale interesse del ceto creditorio. Ma sarebbe il credito scaduto degli altri che giustificherebbe la pronuncia di fallimento; mentre il credito non iscaduto potrebbe al più legittimare la veste di chi spiega la domanda, in considerazione dell'*interesse economico*, non dell'*interesse giuridico*, che ha di proporla. E poichè anteriormente (§ 11) si è già sostenuto che l'articolo 1176 del Codice civile si applica anche alle obbligazioni commerciali, ne deriva che il principio sancito da quell'articolo debba estendere i suoi effetti anche nel caso di fallimento. Provato, pertanto, che il debitore è divenuto *non solvente*, ne deriverà la sua decadenza dal beneficio del termine. D'onde la giustificazione della domanda di fallimento provocata dal creditore a termine, basata però, ben s'intende, sulla dimostrazione della non solvenza verso altro od altri creditori.

Infine s'è detto (3) che uno degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento è quello di rendere esigibili tutti i crediti. E si pretese di far cadere in tal modo l'obbietto desunto dal principio che prima della scadenza del termine non esiste diritto nel creditore. Ma è facile rilevare come l'argomento si risolva in una petizione di principio, ponendosi l'effetto avanti la causa. È la sentenza dichiarativa del fallimento che produce l'effetto sovraccennato (articolo 701). Prima che la sentenza si pronunci, i debiti del fallito mantengono la loro natura originaria. D'altra parte, questo argomento non varrebbe pel creditore condizionale, perchè il fallimento farebbe sparire il termine, ma non la condizione.

17. L'art. 687 dichiara, nell'ultimo alinea, che non sono ammessi a chiedere la dichiarazione del fallimento i discendenti, gli ascendenti e il coniuge del debitore. È una restrizione ispirata da riguardi d'ordine morale e di convenienza domestica, tanto più che ogni giudizio di fallimento reca con sè la conseguenza di un giudizio penale promosso d'ufficio (art. 694). Con l'aver sancita la proibizione, ed enunciate le persone

(1) LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2594.

(2) È il motivo addotto dal CUZZERI (op. cit., n. 62) per sostenere l'opinione combattuta nel testo.

(3) Fu il BRAVARD (*Traité de droit comm.*, V, p. 46). Ma fu confutato dal DEMANGEAT nelle sue annotazioni all'opera del BRAVARD. L'argomento è tuttavia ripetuto dal CUZZERI (op. cit. n. 62).

a cui si estende, si sono eliminate tutte le questioni che si facevano in Francia per determinare fin dove la domanda di fallimento implicasse la violazione di un dovere e del rispetto ai vincoli del sangue (1).

18. Ma in qual modo dovrà procedersi dai creditori per far pronunciare il fallimento? Dovranno citare il debitore, o potranno avanzare l'istanza con semplice ricorso?

Il progetto definitivo (art. 671) esigeva il contraddittorio (2); ma la Commissione senatoria riformò la disposizione riconoscendo utile che il fallimento potesse pronunciarsi dietro semplice ricorso dei creditori (3). E sebbene il Varè alla Camera (4) biasimasse questa riforma siccome contraria all'equità naturale e ai veri interessi del commercio, pure la disposizione rimase nel testo definitivo del Codice.

Le ragioni che si adducono dai sostenitori dell'opinione professata dal Senato e sancita nel Codice, sono parecchie (5); ma, ad avviso mio, tutte insufficienti a giustificare una deviazione da quel sommo principio che costituisce la maggior garanzia dei giudizi, e cioè che non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta (art. 38 Cod. proc. civ.). — Procurerò di dimostrarlo.

Si dice che se si richiedesse il giudizio contraddittorio, bisognerebbe citare in esso tutti i creditori interessati. Non è esatto. Il contraddittorio è garanzia pel debitore; gli altri creditori non hanno che un *interesse economico* ad interloquire. Se vogliono associarsi alle ragioni del creditore o a quelle del debitore, per appoggiare o combattere la chiesta pronuncia di fallimento, possono intervenire nel giudizio. Ma un *interesse giuridico* non lo hanno. — Si aggiunge: il commerciante sa già di trovarsi in tali condizioni per cui il fallimento è possibile, sicchè la domanda del creditore non gli giunge inattesa. Prima di tutto potrebbe anche non trovarsi in istato di cessazione di pagamenti, e un creditore carpire una sentenza dichiarativa di fallimento, alla base di un credito, in apparenza sicuro, liquido, scaduto, in sostanza però contestabilissimo. Ma, ad ogni modo, come la conoscenza di trovarsi in condizione di dover subire una sentenza di condanna, non priva il debitore del contraddittorio; del pari esso non deve perdere l'identica garanzia solo perchè sa di essere insolvente. — Nè basta asserire che freno e conseguenza di ogni incauta domanda sarà l'indennizzo del danno ingiustamente recato al debitore. Il surrogato giuridico dell'indennizzo è misura generale per ogni fatto doloso e colposo; ma non giustifica il legislatore di aver adottata una norma che era prevedibile potesse recarlo, anche supposto che in ogni caso sia possibile conseguire un indennizzo adeguato. — Nè si adducano le garanzie dell'opposizione e dell'appello; la sentenza di fallimento è un fulmine che tutto annienta: sostanze, credito, relazioni, e solo lascia le traccie miserande del suo passaggio. Cancellatele, se lo potete, con una sentenza di riforma! — Una obbiezione è

(1) Si consultino fra gli altri PARDESSUS, op. cit., n. 1099, e NAMUR, op. cit., n. 1622.

(2) Verbale CXXX, num. 763 della Commissione compilatrice del Codice. — Art. 671: " Ogni cre- " ditore per causa di commercio può chiedere, " *mediante citazione*, che si dichiari il fallimento " del commerciante suo debitore, dimostrando " che egli è in istato di cessazione dei suoi pa- " gamenti ".

(3) Relazione del Senato, p. 29.

(4) Discussioni della Camera dei deputati, tornata 21 gennaio 1882.

(5) Sostengono questa opinione: CUZZERI, op. cit., n. 66; CALAMANDREI, *Il fallim.*, I, n. 58; AIELLO, nel *Filangieri*, 1883, p. 362. Del VIDARI, che pur la sostiene, dirò più innanzi. Invece è della mia opinione il GALLAVRESI, in uno studio pubblicato nei Rendiconti dell'Istituto Lombardo (XVII, pag. 15).

vera; ed è che, nelle remore inevitabili di un giudizio, può effettuarsi sottrazione di sostanza a danno dei creditori. Ma, in questi casi eccezionali, in cui non è sufficiente il freno del giudizio penale, può soccorrere la pronuncia del fallimento d'ufficio, che con la fulminea sua rapidità tutela tutti gli interessi. — Ad ogni modo, avuto riguardo ai possibili inconvenienti, ammetterei la pronuncia di fallimento anche dietro semplice ricorso del creditore, con che però il tribunale, in Camera di consiglio, sentisse previamente e *obbligatoriamente* il fallito. Questo privato interpello, senza formalità di giudizio, che può farsi il giorno medesimo in cui è presentata la domanda di fallimento, ovvierebbe nella pratica ogni inconveniente.

Il prof. Vidari, però, si è spinto anche più in là nell'opinione che qui si combatte. E mentre gli altri scrittori sostengono la facoltatività del ricorso e della citazione, l'illustre pubblicista invece recisamente dichiara che la citazione non è nemmeno permessa, e che il giudizio di fallimento deve iniziarsi imprescindibilmente a mezzo di ricorso (1). — Addurrò i motivi di questa opinione, e procurerò confutarli.

In primo luogo, il Vidari nota come, sia che il fallimento si dichiari d'ufficio, sia dietro domanda del debitore, o dietro richiesta dei creditori, deve procedersi nel modo istesso, perchè la legge non fa distinzioni. Siccome, pertanto, nei primi due casi non è possibile contraddittorio, così nemmeno vi deve essere nel terzo caso. D'altra parte, quando il legislatore volle il contraddittorio, lo dichiarò espressamente (art. 693). — L'argomento ha però il difetto di voler provar troppo. Perchè quando il fallimento si pronuncia d'ufficio o dietro dichiarazione del debitore, non vi è nemmeno il ricorso. Eppure con un mezzo deve pur iniziarsi il giudizio, se è il creditore che ne prende l'iniziativa! Il vero è, che se nei primi due casi non è accennata nè la citazione nè il ricorso per iniziare il procedimento, ciò deriva perchè manca affatto quel conflitto diretto d'interessi privati, che dà origine ad una contestazione giudiziale. Il fallito confessa di essere in istato di cessazione di pagamenti; e il tribunale ne constata la confessione in forma autentica con la pronuncia di fallimento. E se è il tribunale che pronuncia d'ufficio il fallimento, esso può, se lo crede necessario, sentire previamente il debitore; ma è impossibile parlare di contraddittorio. — Invece il formale giudizio esiste, con l'attrito d'interessi fra creditore e fallito, quando il primo provoca la dichiarazione di fallimento. Allora sorge la flagrante violazione del principio di diritto giudiziario espresso col motto: *non de re mea sine me.* Che se per eccezionali circostanze, peculiari al giudizio di fallimento, si riconosce la facoltà nel creditore di chiedere con ricorso la dichiarazione di fallimento, è esagerare nelle conseguenze il proibire assolutamente che il creditore adotti il contraddittorio, che costituisce una garanzia, e quindi un favore, pel debitore.

Oppone, in secondo luogo, il Vidari che l'aver il Senato soppresse le parole: *mediante citazione* del progetto definitivo, fa intendere che scopo della soppressione era quello di non permettere mai la denuncia del fallimento per mezzo di citazione. — Io credo, invece, che obbiettivo della Commissione del Senato sia stato quello soltanto di respingere la proposta riforma dell'obbligatorietà del contraddittorio per le pronuncie di fallimento provocate dai creditori. Si voleva, cioè, che le cose restassero come erano anteriormente; e quindi con la facoltà, già riconosciuta e dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di far dichiarare il fallimento del commerciante o dietro ricorso o con citazione. I motivi addotti nella relazione del senatore Corsi non mirano che a questo intento. Che se taluno di essi, e principalmente quello della necessità del

(1) VIDARI, *Corso di diritto*, VIII, n. 4335.

contraddittorio di tutti i creditori è (come parmi aver dimostrato) perfino puerile; si stenta a credere che il pensiero del legislatore si debba desumere da quanto piacque scrivere o dire ad un membro dell'una o dell'altra Camera. Se si trattasse d'una riforma, non bene espressa dalla lettera della legge, comprenderei l'opportunità di ritrarne lo spirito da una fonte legislativa. Ma qui non si tratta che del mantenimento della legge quale prima era, e quale era quasi uniformemente interpretata. Sicchè i motivi del rigetto della riforma pérdono ogni valore.

Non si comprende, infine, quale danno debbano risentire gli altri creditori da un giudizio introdotto con la citazione. Ciò che a tutti interessa è la pronuncia di fallimento. Le maggiori spese del giudizio contraddittorio sono a carico del creditore che lo inizia. Se il debitore oppone eccezioni fondate, ciò significa che la pronuncia per mezzo di ricorso sarebbe stata una violenza, non l'esercizio del diritto. Ad ogni modo, la pendenza del giudizio contraddittorio non esclude la facoltà nei creditori, estranei ad esso, o di intervenirvi per affrettarne la soluzione, o di chiedere con ricorso l'apertura del fallimento, inducendo il tribunale, se occorre, a troncare ogni indugio con una pronuncia d'ufficio.

Vi è invece una ragione, non addotta dal prof. Vidari, ma che credo di mettere innanzi io stesso, appunto perchè è forse la più seria obbiezione che potrebbe moversi alla opinione ch'io professo.

L'art. 693 riconosce nel fallito il diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, *pronunciata d'ufficio o ad istanza di uno o più creditori, davanti allo stesso tribunale che l'ha proferita.* Dimostrerò a suo luogo (§ 30) che cosa debba intendersi per opposizione nel giudizio di fallimento. Qui solo dirò che per *opposizione* io intendo, non il rimedio ordinario, contemplato dal Codice di procedura civile (art. 474), contro una sentenza contumaciale; ma quel rimedio speciale del giudizio di fallimento offerto contro determinate pronuncie emesse in Camera di consiglio, le quali, ferendo l'interesse o del fallito o dei creditori, dànno diritto, a quello o a questi, di richiamarsene allo stesso tribunale colle garanzie del contraddittorio. Ora è chiaro, che se la pronuncia di fallimento fu emanata in contraddittorio, non può più parlarsi d'opposizione, giacchè la sentenza sarebbe emessa in seguito ad un formale giudizio di cognizione. Questo è vero. E nel commento all'art. 623 dimostrerò appunto che, sebbene la legge non faccia distinzioni tra il caso in cui il fallimento si pronunci dietro ricorso del creditore, e il caso in cui si pronunci in seguito a citazione ed in contraddittorio del debitore, pure l'indole del rimedio della opposizione costringe, per sè solo, a distinguere i due casi. Al più, attribuendo alla voce *opposizione* anche il significato processuale, dovrà concedersi al fallito il diritto di opporsi nei casi accennati all'art. 474 Cod. proc. civile. — Si noti, per ultimo, che la dizione dell'art. 693 del Codice abrogato era, per quanto riguarda la tesi in esame, identica; perchè concedeva al fallito, genericamente, la facoltà dell'opposizione. Ora, se sotto il vigore di quella disposizione non si fece questione sulla facoltà del creditore di chiedere il fallimento o con ricorso o con citazione, non vi ha motivo per modificare oggi quell'avviso. — Il contraddittorio è garanzia pel debitore, e lo è anche pel creditore; il quale, se prudentemente vuole premunirsi contro le eventualità della revoca di fallimento, e contro le conseguenze che da questa revoca possano derivare a suo danno, spiegherà la domanda di fallimento a mezzo di citazione, diffidando così il debitore ad esporre le eccezioni che ritenga competergli prima ancora che la domanda sia accolta.

19. Si faccia ora l'ipotesi che il tribunale respinga la domanda di fallimento. Questa sentenza costituirà cosa giudicata per tutti

i creditori? Credo di sì. Una volta che il tribunale, sulla base dei fatti addotti dal creditore, non ritenne la esistenza della cessazione dei pagamenti, non può ammettersi che, all'*appoggio degli identici fatti* (1), un altro creditore riproponga l'istanza. Infatti, ogni creditore, quando chiede l'apertura del fallimento, agisce, come s'è detto, quale gestore della collettività dei creditori. Questa sua rappresentanza fa estendere gli effetti della sentenza da lui provocata a tutto il ceto creditorio. — Ma se, invece, il creditore adduce fatti nuovi, tali da poter stabilire l'esistenza della cessazione dei pagamenti, e che nel giudizio anteriore non erano stati prodotti, nessun ostacolo esiste perchè la domanda sia rinnovata. Non credo poi che i nuovi fatti debbano essere posteriori ai primi. Qui non è il caso di ragionare coi principii rigorosi della cosa giudicata. La sentenza dichiarativa del fallimento non fa che *constatare* un fatto, quello cioè della cessazione dei pagamenti, il quale esiste anche se il creditore, ignorando certi pagamenti non effettuati, si basava invece sopra elementi insufficienti a stabilire la cessazione. Ma se, o lo stesso creditore, o altri creditori possono fornire la prova prima deficiente; il tribunale, nella constatazione del fatto, non trova alcun vincolo nella pronuncia precedente. Il rispetto della cosa giudicata è valida garanzia quando si tratta di pronuncie dichiarative di diritti; la tranquillità sociale esige che la deficienza di prove, poi completate, non sia motivo sufficiente per distruggere la cosa giudicata ed eternare le liti. Ma quando la pronuncia non mira che a constatare un fatto che realmente esisteva, e che il giudice anche d'ufficio sarebbe stato obbligato a constatare, non può ravvisarsi un ostacolo insuperabile nella pronuncia precedente, emessa in base a incompleta conoscenza di quel fatto.

20. Un ultimo argomento rimane a trattarsi a proposito del fallimento pronunciato dietro richiesta dei creditori. Riflette la responsabilità del creditore, il quale provochi una dichiarazione di fallimento poi revocata. — Noto subito che la dottrina francese è su questo punto quasi muta (2). E i commentatori italiani trattano la materia richiamando le pronuncie emesse dalla magistratura patria (3).

Anzitutto è un errore graduare la colpa, per concludere che occorre la colpa grave all'effetto di tener responsabile il creditore (4). La colpa *ex-delicto* non è graduabile: qualunque violazione, anche leggiera, dell'obbligo generale di non nuocere agli altri assoggetta a riparare il danno recato (art. 1151, 1152 Cod. civ.). La maggior o minor gravità della colpa, come la diversa natura della violazione, può solo influire sulle conseguenze della riparazione, ma

(1) Il DEMANGEAT (nel *Traité de droit comm.* del BRAVARD, n. 1, alla pag. 60 del vol. v) vorrebbe che i nuovi fatti da addursi fossero non solo nuovi, ma *posteriori* alla prima sentenza. Questa maggiore esigenza non la credo giustificata, per le ragioni che espongo nel testo. Conformi: LYON-CAEN e RENAULT, op. cit., II, n. 2600; RENOUARD, I, p. 280; SACERDOTI, *Del fallimento*, p. 27.

(2) Si veggano: BÉDARRIDE, op. cit., I, 55: BRAVARD-VEYRIÈRES, V, p. 58; BOISTEL, *Précis de dr. comm.*, p. 634, n. 900. Questi scrittori si limitano a dire che se il creditore provocò l'apertura del fallimento ingiustamente, con intenzione di nuocere al debitore: oppure se da parte sua esiste colpa per avere presentata la domanda mentre la condizione del debitore; non offriva alcuna ragione plausibile per farlo, il richiedente sarà passibile dei danni-interessi. E l'indennizzo potrà essere notevole, tenuto calcolo del danno risentito dal debitore, il cui credito fu scosso ingiustamente.

(3) CUZZERI, op. cit., n. 65; CALAMANDREI, *Del fallimento*, I, n. 62. — Il VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, 4332, si associa, con efficace sintesi dell'argomento, all'opinione che io già espressi nell'*Annuario critico di giur. comm.*, II, p. 171.

(4) Questo errore si trova nella sentenza del 9 settembre 1882, Massa c. Guggieri, della Cassazione di Torino, e fu ripetuto poi in molte decisioni.

non mai esonerare dall'obbligo dell'indennizzo (1).

Così pure non è esatto affermare che il creditore che provoca il fallimento debba essere condannato all'indennizzo solo allora che risulti la temerarietà della istanza, in base al principio contenuto nell'art. 370 del Cod. di proc. civ., per cui il soccombente nella lite è condannato anche al risarcimento dei danni nel caso di lite temeraria. La temerarietà del litigio esclude assolutamente la buona fede del litigante, mentre la *lite temeraria* è quella appunto provocata dall'attore o sostenuta dal convenuto in male fede, e cioè col convincimento dell'inesistenza del diritto che pur si pretende far valere dinanzi ai giudici. Con questa teoria si restringono soverchiamente i confini della responsabilità del creditore, esonerandolo da ogni conseguenza del fallimento da lui provocato, qualora non sia provato che abbia agito quale *improbus litigator* (2).

Io credo invece sia necessario verificare se nell'agire del creditore ricorrano gli estremi del delitto o del quasi-delitto civile. Egli sarà responsabile tanto se avrà agito con dolo, quanto se avrà agito con colpa. Quindi, anche se fosse stabilita la sola imprudenza o negligenza del creditore, si dovrebbe sempre pronunciare la sua condanna al risarcimento. La esistenza del delitto, oppure del quasi-delitto, porterà soltanto una differenza nella valutazione dei danni.

Applicando questa teoria, è inammissibile la domanda di risarcimento nel caso che il tribunale abbia esclusa la qualità di commerciante nel debitore, epperciò respinta la domanda di fallimento, quando sia fuori di questione la verità dei fatti asseriti nel ricorso, ma sia errato soltanto il loro apprezzamento giuridico, nel senso che quei fatti, alla stregua della legge, non potevano imprimere nel debitore la qualità di commerciante (3).

Così pure il ragionevole timore di perdere ogni garanzia, desunto da vendite forzate del debitore; dalla notizia di sequestri ottenuti da altri creditori, anche se ingiusti e quindi successivamente revocati; dalla prova di protesti cambiari, anche se i creditori avessero accettato poi la rinnovazione dei titoli — queste, e simili circostanze, possono escludere ogni elemento colposo; e spetta all'incensurabile criterio del magistrato di merito valutarle (4). Il quale, però, non dovrà mai dimenticare che trattandosi di domanda di fallimento, il creditore, inoltrandola, non mira tanto a procurare un vantaggio a sè esclusivamente, come avviene, ad esempio, nel caso d'un sequestro conservativo, quanto a provocare una misura, la quale profitta a tutti i creditori, pareggiando il richiedente agli altri; misura che il tribunale, ricorrendone gli estremi, dovrebbe adottare anche d'ufficio. — Cosicchè, mentre io sono più rigoroso degli altri nel sostenere la dottrina che dove esiste delitto o quasi-delitto civile, vi è responsa-

(1) Giorgi, *Teoria delle obbligaz.*, v, num. 149, pag. 191.

(2) Decisione 19 agosto 1872, De Lieto c. Floccari della Corte d'appello di Catanzaro (*Annali*, 1873, 2, 171).

(3) Decis. della Corte d'app. di Milano, 5 dicembre 1872, Villoresi c. Ditta Marchand (*Monit. dei trib.*, 1873, p. 343), tenuta ferma dalla Cassazione di Torino con la decis. 30 sett. 1881 (*Monit. dei trib.*, 1881, p. 1069).

(4) Decis. 30 dicembre 1872, Ghinamo c. Zanotti e Forni della Corte d'app. di Torino (*La Giur.*, 1873, p. 185); 19 marzo 1879, Masserini c. Banca popolare di Bergamo della Cassazione di Torino (*La Giur.* 1879, p. 318); 26 agosto 1872, Bonajussi c. Haas, della Corte d'appello di Firenze (*Annali giur. it.*, 1873, p. 113) che esclude la responsabilità del creditore, il quale era comparso in sede d'appello per appoggiare la conferma della dichiarazione di fallimento pronunciata di ufficio dal tribunale; 21 marzo 1884, Lombardi c. Casali, della Corte d'appello di Casale (*Annuario crit. della giur. comm.*, II, n. 93) tenuta ferma dalla decisione 17 luglio 1885 della Corte di cassazione di Torino (*Annuario critico, ecc.*, III, n. 146).

bilità e conseguente obbligo ad indennizzo; d'altra parte, richieggo che il giudice del merito, nell'indagine degli elementi di fatto costitutivi dell'imputabilità civile, non trascuri una sola circostanza che possa valere, se non a dirimere, almeno ad attenuare quella imputabilità; e ciò nei riguardi della valutazione del danno.

21. L'intervento del tribunale per la pronuncia d'ufficio del fallimento si giustifica ognorachè si rifletta all'interesse sociale di ordine economico esistente in ogni fallimento. Non tutti i creditori sono nella piazza in cui il debitore esercita il commercio; anzi lo sviluppo del commercio internazionale tende ad accrescere il numero dei creditori esteri. Il commerciante, abusando di questa lontananza, aggravata dalla difficoltà di ottenere esatte informazioni sulla condizione finanziaria d'un commerciante, può carpire un credito immeritato. La vigilanza quindi del tribunale è efficace garanzia per la lealtà delle operazioni commerciali, per la tutela del credito, ed anche dell'onore nazionale. Certo, i tribunali di commercio devono agire molto cautamente nell'esercizio di quella facoltà, perchè, non movendosi i creditori, una iniziativa avventata potrebbe danneggiarne anzichè migliorarne le sorti. È per questa preoccupazione, che codici più recenti (ad esempio, la legge austriaca e l'inglese) escludono la iniziativa dei tribunali nelle pronuncie di fallimento.

Il legislatore patrio offre al giudice i mezzi pel coscienzioso e prudente uso di una facoltà, di cui, in vista di un interesse generale, non credette privarlo. E lo ammonisce che non può pronunciare il fallimento di ufficio, se non è *notorio*, o se per altri mezzi non vi è *sicura notizia* che un commerciante ha cessato i suoi pagamenti (art. 688). Consiglia il giudice in questo caso di sentire previamente il fallito; consiglio che il giudice eleverà a dovere, perchè l'interpello in Camera di consiglio non ritarda la pronuncia, spoglio com'è d'ogni formalità, ed assicura invece della serietà dei fatti, constatati con la confessione dello stesso debitore, esplicita od implicita che sia. E offre poi al giudice il mezzo più efficace per rilevare se il debitore fa onore ai propri impegni commerciali, ordinando ai notai, agli uscieri e agli ufficiali di registro (1) di comunicare nei primi sette giorni d'ogni mese al presidente del tribunale di commercio o del tribunale civile che ne fa le veci, e nella cui giurisdizione risiedono, un elenco dei protesti fatti nel mese precedente. — La legge belga (art. 443), da cui la disposizione è stata copiata dal nostro legislatore, impone altresì che l'elenco dei protesti si invii anche al presidente del tribunale di commercio del domicilio dell'emittente o dell'accettante, se questo domicilio è in una giurisdizione diversa da quella in cui il pagamento doveva effettuarsi. La disposizione nostra è, sotto questo aspetto, manchevole; perchè il tribunale, dove il commerciante ha il suo stabilimento principale, non conoscerà che i protesti fatti nella propria giurisdizione, che saranno certo i più numerosi, ma non i soli, se le cambiali possono pagarsi anche in un domicilio diverso da quello dell'emittente o dell'accettante.

È naturale poi che i notai, gli uscieri e i ricevitori di registro non notino nel modello a stampa, che devono trasmettere al tribunale di commercio, se non i protesti per mancato pagamento, inquantochè la legge accenna al *rifiuto di pagamento*, e, d'altra parte, sono questi protesti soltanto che interessano per stabilire il fatto che può determinare il fallimento, e cioè la cessazione dei pagamenti (2). — Rimane il dubbio se debbano esser indicati anche i protesti per

(1) Circ. del Ministero delle finanze del 21 agosto 1883, che estende ai ricevitori di registro l'obbligo imposto ai notari ed uscieri dall'art. 689.

(2) Confr. Circolare del ministro di grazia, giustizia e culti, 28 giugno 1884.

mancato pagamento di cambiali non ancora accettate dalla persona contro cui si protestano. Io credo di sì. È verissimo che non esistendo ancora la firma dell'obbligato, non può parlarsi per lui di obbligazione cambiaria. Ma è vero altresì che se non esiste il debito sotto forma cambiaria, potrebbe tuttavia esistere quello che provoca l'emissione della cambiale rappresentatrice d'una promessa di futuro pagamento; — che le cambiali pagabili a vista sarebbero escluse, senza che la legge lo dica; — e che, infine, l'ufficiale pubblico, dovendo notare anche il motivo del rifiuto del pagamento, questo motivo può togliere ogni valore al protesto di una cambiale non ancora accettata.

22. Gli elenchi dei protesti devono essere di mese in mese riuniti in fascicolo e conservati nella cancelleria del tribunale di commercio *affinchè ognuno possa prenderne notizia* (art. 689, sec. al.). Con queste ultime parole usate dal legislatore, io intendo che ai terzi sia concessa la facoltà tanto della visione, quanto della copia degli elenchi depositati (1). Il credito deve basarsi sulla notorietà precisa e completa dello stato del commerciante; nè, ch'io sappia, il silenzio, le false apparenze, i mezzi torbidi per sottacere fatti positivi, giovano a chi corre l'alea dell'altrui fede. Il deposito degli elenchi dei protesti cambiari, se mira a mettere il tribunale in condizione di conoscere lo stato economico dei commercianti offrendogli una base sicura per pronunciare d'ufficio un fallimento, mira altresì a dare ai terzi un mezzo, forse più efficace e pratico delle informazioni private, per verificare la fede dovuta a chi fa appello al loro credito. — È vero che la notorietà dei protesti estende i suoi effetti anche ai privati. Ma qual danno può derivare da ciò? Perchè si vuol permettere ad un privato di carpire un credito immeritato, pel solo fatto che non esercita il commercio, e si vuol privare i creditori d'un mezzo per scandagliare la fede dovuta al loro debitore? O che la fede privata ha un valore diverso della fede commerciale? E mentre le aspirazioni scientifiche mirano ad estendere il concetto fondamentale del fallimento ai privati, si mostrerebbe tanta paura di collocare i privati cittadini ed i commercianti nell'identica condizione di fronte al pubblico, a cui, del pari, intendono ricorrere per sfruttarne la fiducia? E oggi, in cui la cambiale ha assunte le funzioni di surrogato della moneta, di un vero titolo di credito, e pei commercianti e pei non commercianti, come non si comprende la necessità di assodarne il valore con una misura la quale mette in luce la condizione economica dei sottoscrittori delle cambiali, non altrimenti che la pubblicazione dei bilanci pone in luce quella degli istituti di credito? La copia di un protesto può essere indispensabile per comunicarla in giudizio presso altro tribunale; per appoggiare una domanda di dichiarazione di fallimento; per sorreggere informazioni date a qualche corrispondente (2).

Potranno però codesti elenchi essere pubblicati? La risposta negativa (3) è sorretta da questi motivi: che la pubblicazione esorbita dalla facoltà di *prendere notizia* permessa soltanto dalla legge, notizia che deve essere diretta, e non ottenuta per mezzo della stampa; e perchè della pubblicazione sarebbe troppo facile abusare per fini obliqui. — Io ritengo invece che la pubblicazione generale dei protesti, fatta senza intenzione di effettuare ricatti o di compromettere il credito d'un determinato commerciante,

(1) È di contrario avviso il CUZZERI, op. cit., n. 72. Sono invece favorevoli alla facoltà dell'esame e di estrarre copia dei protesti, VIDARI, *Corso*, n. 4888 e CALAMANDREI, *Del fallim.*, I, 56.

(2) Conforme: Corte d'appello di Cagliari, 12 marzo 1888, Vannini c. Cancelleria del trib. di comm. di Cagliari (*Annuario crit.* ecc., I, n. 69). Questa decisione riconosce che qualunque persona può prender visione dei protesti e averne copia, anche senza giustificare un particolare interesse.

(3) VIDARI, *Corso*, VIII, n. 4838.

sia permessa dalla legge. Una volta che si può prendere notizia, non può vietarsi che della notizia, ricavata legalmente, si rendano edotti i terzi o a voce o in iscritto, od anche per mezzo della stampa. Sia pure che si crei una speculazione di questa pubblicità; la speculazione potrà essere apprezzata più o meno conveniente in linea morale; ma non può dirsi illecita, perchè, pubblicando senza distinzione tutti i protesti, e quindi coll'indicazione dei motivi per cui si fecero, non può attestarsi in nessun modo la mira obliqua e specifica di nuocere a taluno. D'altra parte, confesso, che questo spavento esagerato della pubblicità, mi pare che male risponda allo spirito informativo dell'intera legislazione commerciale e ai principii che regolano le istituzioni moderne.

23. L'art. 689, nel suo ultimo alinea, sancisce che il notaio o l'usciere, che non adempia l'obbligo di comunicare gli elenchi dei protesti nel termine fissato dalla legge è punito con pena pecuniaria estensibile dalle lire cinque alle lire cinquanta. Sorse la seguente questione. Il giudizio per irrogare questa pena deve seguire le regole di competenza e di procedura stabilite dalla legge organica notarile del 25 maggio 1879, o quella dei procedimenti penali ordinari?

La Corte di cassazione di Firenze (1) disse applicabile la competenza e la procedura stabilite per le contravvenzioni proprie dei notai. Ed infatti l'art. 107 della legge notarile, in termini generali, dispone che " il notaio che compromette in qualunque modo la delicatezza del suo ufficio..... od *altrimenti contravviene ai propri doveri* è soggetto a pene disciplinari ". Sicchè, tutto quanto si attiene all'ufficio del notaio, e non costituisce vero e proprio delitto o crimine, deve ritenersi riferibile alle contravvenzioni disciplinari. Nè vale il dire in contrario che lo scopo per cui fu ordinata la comunicazione degli elenchi sia d'interesse generale. La Corte suprema risponde all'obbiezione egregiamente in questi termini: " Per attribuire all' omissione in parola il carattere di reato comune non rileva lo scopo per il quale l'obbligo fu imposto e la qualità della pena minacciata. Lo scopo fu duplice, cioè: perchè ognuno possa conoscere mediante tali elenchi le persone che mancarono di pagare e le cause del rifiuto; e perchè il tribunale possa istituire le opportune indagini per pronunciare d'ufficio la dichiarazione di fallimento. Ma tali fini d'interesse generale, ed anche particolare dei terzi, si verificano anche in altri fatti contemplati dalla legge notarile e sottoposti alla competenza e procedura speciale in essa stabilita. La conservazione degli atti ricevuti dal notaio, o presso di lui depositati, è certamente d'interesse pubblico e privato; e pur nonostante lo smarrimento di tali atti è previsto è punito dalla legge organica notarile all'articolo 111, n. 3, e soggiace alla competenza ed alla procedura stabilita nella medesima; ed è parimenti previsto e punito dall'articolo stesso, n. 4, il fatto, non meno grave, di avere omesso di tenere i repertori prescritti dall'art. 53, e l'altro di averli posti in uso senza la vidimazione prescritta dall'art. 54. Ed alla stessa competenza e procedura sono soggetti gli altri fatti di aver rifiutato il proprio ministero sebbene richiesto (art. 24 e 111, n. 5, capo primo), l'aver ricevuto un atto senza la presenza di due testimoni (art. 40 e 111, n. 5, cap. primo) e l'avere adibito testimoni inidonei (art. 42 e 111, n. 5, cap. primo) ".

S'è detto che per la Circolare ministeriale del 28 giugno 1884 anche i ricevitori del registro devono comunicare l'elenco delle dichiarazioni, che per l'art. 307 possono sostituire il protesto in forma autentica. Ora, per me è evidente che se il ricevitore non ottempererà a quest'obbligo, non potrà assoggettarsi alla penalità comminata

(1) Decisione 15 maggio 1886, P. M. c. Francesconi (*Temi Veneta*, XI, p. 317).

ai notai ed agli uscieri. La legge non parla del ricevitore; una circolare ministeriale può vincolarlo amministrativamente, ma non legalmente.

24. Il tribunale che pronuncia il fallimento rimane investito dell'intiera procedura e conosce di tutte le azioni che ne derivano, se per loro natura non appartengono alla giurisdizione civile (1). " Il giudizio di fallimento, infatti, non potrebbe produrre gli effetti ai quali mira, se si lasciassero sussistere i dubbi originati dal Codice abrogato intorno all'estensione della competenza del tribunale che lo ha dichiarato. Esso è una esecuzione generale sui beni del debitore fallito a vantaggio di tutti i creditori. Ad eccezione pertanto delle cause che, per ragione di materia, escono dalla competenza del tribunale di commercio, come fôro speciale, tutta la procedura di fallimento e tutte le azioni che da esso derivano devono entrare nell'unico giudizio a tal uopo costituito „ (2).

Malgrado però questo schiarimento, contenuto nei verbali della Commissione compilatrice del Codice, la disposizione non è tale da dirimere tutte le contestazioni, alle quali dà luogo la determinazione di un fôro eccezionale per la conoscenza di tutte le azioni che derivano dal fallimento. Ad agevolare la pratica, procurerò di formulare alcune norme che possano servirle di norma direttiva.

E, anzitutto, è necessario tener presente che scopo della disposizione in esame è quello di accentrare l'amministrazione del fallimento; di accelerare il giudizio delle eventuali contestazioni alle quali può dar luogo con la maggior possibile economia di atti e unità di apprezzamenti; e con la garanzia di una migliore amministrazione della giustizia, avuto riguardo alla speciale competenza e cognizione dell'affare che ha il giudice investito dell'intera procedura di fallimento (3).

Primo estremo, adunque, perchè questa competenza si attui è che si tratti di azioni le quali abbiano per causa il fallimento, e cioè si tratti di cause che non sarebbero sorte se non vi fosse stato il fallimento (4), e il debitore fosse tuttavia nella pienezza dei suoi diritti.

Per questo medesimo motivo, non può sorgere dubbio che tutte le azioni commerciali, nelle quali il fallito sarebbe stato convenuto, si dovranno proporre, dopo la dichiarazione di fallimento, al fôro concorsuale in confronto del curatore, inquantochè l'esercizio di un'azione creditoria fa parte oramai della procedura per la verificazione dei crediti, e al fallito, incapace di stare in giudizio per azioni patrimoniali, è sostituito il curatore, quale rappresentante del fallimento.

Del pari, in base al principio suenunciato, tutte le azioni che si spiegheranno dal curatore del fallimento per far pronunciare la nullità o l'annullamento di atti siccome fatti in frode delle ragioni dei creditori, si proporranno al fôro concorsuale, perchè l'azione di annullamento trova la sua ragione di essere in fatti giuridici regolati dalla legge sul fallimento. In questi casi,

(1) Di fronte a questa disposizione così precisa contenuta nell'art. 685, secondo al. del Codice in vigore, diveniva una superfluità ripetere poi all'articolo 869, n. 7, che: " appartiene alla giurisdizione commerciale tuttociò che riguarda i fallimenti „. Ma il compilatore del libro IV del Codice ha copiato il n. 7 dell'art. 723 del Codice abrogato (come ha copiati altri numeri di questo articolo) senza preoccuparsi che non avevano più ragione di essere, in seguito alle innovazioni e modificazioni introdotte nel nuovo Codice!

(2) Verbali della Comm. compilatrice CXXX, num. 761.

(3) Il concetto informativo della competenza eccezionale del fôro del fallimento è svolto dal RENOUARD, II, p. 525 e seg.; dal DALLOZ, voce: *Compétence des tribunaux d'arrondissement*, n. 128 e seg.; dal NAMUR, *Code de comm. belge*, III, n. 2206 e seg.

(4) BOISTEL, *Précis de droit comm.*, n. 959.

anche se vi fosse un accordo per attribuire la competenza ad un fôro diverso, si applicherebbe la competenza del fôro del fallimento: vi è un interesse generale superiore all'interesse privato; e, ad ogni modo, quando la massa impugna per nullità le azioni del fallito, è da considerarsi quale terzo di fronte a costui (1).

Se invece si tratta di azioni anteriori, estranee al fallimento, e che devono spiegarsi contro terzi, il fallimento non esercita sopra di esse alcuna influenza, nè modifica la condizione giuridica dei debitori, nè li distrae dai loro giudici naturali. I terzi mantengono pertanto la competenza che risponde alla natura delle loro obbligazioni (2).

Così pure, se si tratta di azioni già pendenti presso una determinata autorità giudiziaria prima della dichiarazione del fallimento, esse continuano il loro corso presso l'autorità originariamente adìta, sia che il commerciante, poi fallito, vi figuri quale attore, sia quale convenuto. Solo queste azioni dovranno proseguirsi in confronto del curatore, ove non sieno al momento della dichiarazione di fallimento in istato di essere giudicate (art. 333 Cod. proc. civ.). Bene dunque sentenziava la Corte d'appello di Genova che " niuna disposizione del Codice di commercio, al titolo del fallimento, attribuisce a questo l'effetto di avocare alla sua sede le cause attive o passive, vertenti in altri fôri, nelle quali sia interessato il debitore fallito, dovendosi invece le stesse ivi proseguire dai sindaci del fallimento o contro i medesimi, come indica l'art. 552 di detto Codice (art. 699 del Codice vigente) e richiede il generale principio sancito nella legge 30, Dig. *de judiciis*, per cui i giudizi devono avere il loro fine tanto in primo che in secondo grado dove furono iniziati; e soltanto coloro i quali siano creditori verso il fallimento e intendano venir pagati sull'attivo di esso, hanno obbligo di presentarsi nel giudizio relativo per farvi riconoscere i loro crediti, asseverarli, e venir ammessi al passivo del medesimo in concorso e contraddittorio degli altri creditori „ (3).

L'altro estremo perchè le contestazioni che nascono dal fallimento entrino nella competenza del tribunale che lo ha pronunciato, è che si tratti di contestazione d'indole commerciale, non potendosi deviare dalla competenza assoluta *ratione materiae*. Saranno dunque sottratte alla cognizione del fôro concorsuale tutte le questioni che riguardano *oggettivamente* azioni immobiliari. L'avverbio *oggettivamente* fu, con acutezza d'analisi, aggiunto dal Borsari (4). Ed infatti, se l'immobile non si considera che come materia di un contratto fatto in tempo sospetto a danno dei creditori, in tal caso, esercitandosi l'azione per nullità del contratto, e non direttamente per ricuperare l'immobile, la cognizione appartiene al giudice di commercio.

Art. 690.

Può essere dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio, ma soltanto entro cinque anni da tale avvenimento,

(1) BOISTEL, *Précis de dr. comm.*, n. 959; Corte di cassaz. di Francia, 29 giugno 1870; DALLOZ, *Recueil*, 1871, I, 281.

(2) BORSARI, *Comm. al Cod. di comm.* 1865, num. 2007.

(3) Decis. 2 settembre 1873, Savattano contro Repetto (*Annali della giurispr.*, VIII, 2, p. 377). Questa pronuncia fu tenuta ferma dalla Corte di cassaz. di Firenze con la decis. 27 ottobre 1875, pronunciata in via di regolamento di conflitto di giurisdizione, tra la Corte d'appello di Genova e quella di Napoli (*Annali*, X. 1. 38).

(4) BORSARI, op. cit., n. 2007.

e purchè la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio, od anche nell'anno successivo per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo.

Può anche dichiararsi il fallimento dopo la morte del commerciante, ma soltanto entro un anno da tale avvenimento.

Sommario.

25. *Condizioni perchè si possa pronunciare il fallimento di chi si è ritirato dal commercio.*
26. *Del fallimento d'un commerciante defunto.*
27. *Chi può prendere l'iniziativa della dichiarazione di questo fallimento.*
28. *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ed il fallimento.*

25. Per poter pronunciare il fallimento di un commerciante che si è ritirato dal commercio è necessaria la ricorrenza di queste due condizioni: — 1ª che la dichiarazione abbia luogo entro cinque anni dacchè avvenne il ritiro dal commercio; — 2ª che la cessazione dei pagamenti si sia verificata durante l'esercizio del commercio od anche nell'anno successivo, ma per debiti dipendenti dall'esercizio medesimo.

È naturale che il fatto di ritirarsi dal commercio, quando si è in istato di cessazione dei pagamenti, o si possa prevedere di poterlo essere in breve per cause già esistenti, non debba impedire la pronuncia del fallimento. Sarebbe troppo facile e troppo ingenuo mezzo per scongiurare una catastrofe commerciale! La cessazione dei pagamenti, o che già esiste prima del ritiro dal commercio, o che è appena latente così da scoppiare entro un anno da questo avvenimento, deve produrre l'effetto identico che produrrebbe se il commerciante avesse proseguiti i suoi affari. Nessuna influenza esercita il motivo, lecito o no, giustificabile o meno, che può averlo indotto ad abbandonare la vita del commercio.

Nel testo approvato dal Parlamento (articolo 678) non era indicato il termine entro il quale dovesse provocarsi la dichiarazione del fallimento.

Nella Commissione coordinatrice (1), taluno intendeva di equiparare questo termine a quello di un anno fissato per la dichiarazione di fallimento del commerciante defunto, all'effetto che meno fosse turbato quello stato di possesso che deriva dagli affari compiuti.

Si osservò di rincontro, che l'un caso è diverso dall'altro. Nel caso della morte del commerciante, non sarebbe giusto prolungare di soverchio il termine, perchè si comprometterebbe la tranquillità di persone che in sostanza furono estranee agli atti per i quali si vorrebbe far dichiarare il fallimento. Nel caso invece del ritiro dal commercio, si agisce sempre contro il commerciante, cioè contro la persona che ha compiuto gli atti stessi. D'altra parte, la morte è più facilmente conosciuta da tutti che non il ritiro dal commercio, se non è annunciato in modo speciale. — Fu quindi deliberato dalla Commissione di stabilire il termine di cinque anni da tale avvenimento. — Un commissario voleva si determinasse almeno il modo con cui accertare il ritiro dal commercio. E proponeva la formula *entro cinque anni dall'annunzio del ritiro pubblicato nelle forme di uso.* Ma la proposta fu respinta, dietro il riflesso che il decider tale questione doveva rimettersi all'apprezzamento dei magistrati. Ed è giusto: giacchè,

(1) Verbale X della Commissione coordinatrice, n. 161.

nè potevasi imporre una determinata formalità, in difetto della quale dovesse ritenersi tuttavia commerciante chi in realtà non esercita più il commercio; nè possono, viceversa, stabilirsi in modo tassativo tutti gli elementi di fatto, dai quali desumere con certezza, in ogni caso, la cessazione del commercio. Nella maggior parte dei casi, la chiusura del negozio o dello stabilimento; le circolari inviate ai corrispondenti o clienti per avvisarli di questa chiusura (1); il rifiuto persistente di affari e il loro effettivo abbandono, saranno circostanze tali da eliminare ogni dubbio. Ma, se il commercio si esercita senza segni esteriori manifesti, in allora bisognerà rimettersi al criterio prudente e avveduto del giudice per determinare l'epoca da cui deve decorrere il quinquennio, scorso il quale la pronuncia di fallimento diviene inammissibile, senza riguardo ad alcuna delle cause che sospendono od interrompono la prescrizione.

La seconda condizione è che il commerciante abbia cessato di fare i pagamenti prima del ritiro o nell'anno dal ritiro, ma per debiti dipendenti dall'esercizio del commercio. La ragionevolezza di questo estremo si intende subito. Per dichiarare il fallimento occorre la coesistenza di due condizioni: la qualità di commerciante nel debitore, e la cessazione dei pagamenti per obbligazioni commerciali. La cessazione deve dunque riferirsi all'epoca in cui il debitore esercitava tuttavia il commercio, o quanto meno collegarsi a questo esercizio per l'indole delle obbligazioni che poi non furono soddisfatte. Il diritto di far pronunciare la dichiarazione di fallimento può dirsi acquisito ai creditori, così da spettare ad essi, malgrado che il debitore si sia ritirato dal commercio (2).

Il termine di cinque anni dal ritiro dal commercio, entro il quale deve dichiararsi il fallimento, vale tanto pel caso che la dichiarazione avvenga d'ufficio, quanto se sono i creditori che la domandano. Non basta dunque che i creditori presentino l'istanza entro il quinquennio, perchè possa dirsi valida la dichiarazione di fallimento pronunciata dopo quel termine. Il tenore della legge non consente distinzioni. D'altra parte si rifletta che la cessazione dei pagamenti doveva esistere già quando si esercitava il commercio, o nel primo anno dal ritiro. Dunque è proprio la sentenza che constata questo fatto, e che imprime alla cessazione dei pagamenti la natura giuridica del fallimento, quella che deve essere emanata entro il periodo perentorio dei cinque anni. — Ritornerò nel capitolo seguente sull'argomento, a proposito dell'anno dalla morte del commerciante entro cui deve pronunciarsene il fallimento.

Infine, il tribunale competente a dichiarare il fallimento sarà sempre quello in cui il commerciante aveva il principale stabilimento prima di ritirarsi dal commercio (3). La competenza speciale devoluta a questo tribunale dall'art. 685 rimane invariata: sia perchè il legislatore non vi fece eccezione; sia perchè le ragioni che consigliavano a stabilire questa speciale competenza valgono anche nell'ipotesi che il commerciante, dopo cessato il commercio, abbia portato altrove il proprio domicilio civile.

90. Perchè si possa dichiarare il fallimento di un commerciante defunto occorrono due condizioni: — 1ª che il fallimento sia dichiarato entro un anno dalla morte; — 2ª che il commerciante si trovasse prima di morire in istato di cessazione di pagamenti.

Riguardo al primo estremo, ripeto quanto dissi nel numero precedente, e cioè che la dichiarazione di fallimento deve verificarsi

(1) VIDARI, *Corso di dir. comm.*, n. 4905.

(2) Corte d'appello di Lione, 2 marzo 1878, DALLOZ, *Recueil*, 1878, 2, 70.

(3) Corte d'appello di Genova, 16 marzo 1881, De Barbieri c. Vicc (*Raccolta di giur. italiana*, 1881, 2, 285).

entro l'anno, senza distinzione tra il caso in cui sia il tribunale che pronuncia il fallimento e il caso in cui sia dichiarato dietro domanda dei creditori. Che se alcuni commentatori del Codice patrio opinarono diversamente (1), derivò forse dal non aver tenuto calcolo della diversa dizione del Codice in vigore in confronto di quella del Codice abrogato. Questa seconda (art. 543), in conformità al Codice francese (art. 437, al. 3), diceva: *che la dichiarazione di fallimento non può essere domandata dai creditori, nè pronunciata d'ufficio che entro l'anno dalla morte del fallito.* Invece il Codice in vigore parla di dichiarazione di fallimento che deve verificarsi entro l'anno. Sicchè gl'insegnamenti degli scrittori francesi, o degli autori che commentarono il Codice del 1865 (2), non hanno più per noi alcun valore. — Il termine di un anno è perentorio, come il quinquennio per la dichiarazione di fallimento del commerciante ritiratosi dal commercio. Le cause che sospendono o interrompono la prescrizione non esercitano su esso alcuna influenza (3).

Riguardo al secondo elemento — e cioè alla cessazione dei pagamenti prima della morte — esso figurava esplicitamente nell'art. 543 del Codice cessato. L'art. 690 del Codice vigente non lo accenna. E questa soppressione indusse taluno (4) a ritenere non essere più necessario che prima della morte del commerciante si verifichi la cessazione dei pagamenti per poterne pronunciare il fallimento.

Dissento da questo avviso. — Se prima della morte non esiste la cessazione dei pagamenti, manca l'estremo essenziale perchè possa esistere il fallimento. Non importa che il defunto avesse il patrimonio commerciale sbilanciato, e si trovasse nella condizione di insolvibilità. Se esso ha fatto onore ai suoi impegni fino al momento della morte, la legge non può imprimere al nome che lascia il marchio di fallito. — D'altra parte, che occorra l'estremo della cessazione dei pagamenti può dedursi anche dalla prima parte dell'articolo in esame, in cui appunto si consente di far fallire un debitore ritiratosi dal commercio, sempre che la cessazione dei pagamenti esistesse, manifesta o latente, durante l'esercizio del commercio (5). Se questo si esige per un vivo che spontaneo abbandona la vita del commercio, perchè non lo si esigerà per chi lascia la vita naturale? La ragione della legge è identica. — Nè si adduca il trito adagio dell'*ubi voluit, dixit.* Questo aforisma vale ad escludere che l'eccezione ad una norma generale, sancita per un caso,

(1) CUZZERI, op. cit., n. 82; VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4908.

(2) BORSARI, *Commento al Codice di comm.*, n. 1732.

(3) BRAVARD-VEYRIÈRES, *Tr. de dr. comm.*, V, 34.

(4) CALAMANDREI, *Del fallimento*, I, n. 80.

(5) Conforme il Tribunale di commercio di Genova con la sentenza 21 febbraio 1885, Rossi c. Danovaro (*Annuario critico della giurisprudenza comm.*, III, n. 127). In questa sentenza si dice chiaramente che la clausola, già contenuta nell'art. 543 del Codice del 1865, deve ritenersi omessa " siccome superflua: sia perchè insita nei principii e nella natura stessa delle cose; sia perchè, già essendo accennata nella prima parte dell'articolo, a riguardo del commerciante ritiratosi dal commercio: che la cessazione dovesse essere avvenuta durante l'esercizio del commercio, avrebbe ciò potuto estendersi implicitamente, quanto meno per identità di ragione, alla disposizione del capoverso che ne forma il complemento. Pei principii che regolano il fallimento, questo esiste indipendentemente da ogni dichiarazione: è in istato di fallimento, dice la legge, il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti. La dichiarazione non fa che constatare legalmente ciò che già ebbe luogo di fatto. Ora, nulla impedisce che si constati che un commerciante attualmente defunto abbia, in vita, cessato i suoi pagamenti commerciali. Ma se egli morì prima di quella cessazione, se morì godendo della pienezza ed integrità del suo credito, non può dirsi *commerciante fallito*, per ciò che posteriormente alla sua morte siasi verificata un'insolvenza. In tal caso lo stato di fallimento non ha cominciato con lui; ma dopo di lui; potrà colpire la sua eredità, non il defunto, perchè chi è morto non è più capace di operare „.

si estenda ad altri non contemplati. Non vale, invece, se è la norma generale che deve trovare la sua regolare applicazione così nel caso espresso, come nel caso taciuto. Ed è appunto un principio generale che si applica allorchè si richiede la coesistenza della qualità di commerciante e della cessazione dei pagamenti anteriormente alla morte, per poter, dopo questa, pronunciare il fallimento di un commerciante defunto.

Ma se il commerciante si fosse suicidato, e si constatasse lo stato disastroso del suo patrimonio, potrà parificarsi, nelle conseguenze giuridiche, il suicidio, fuga della vita, alla effettiva cessazione dei pagamenti? — Grave questione.

Chi sostiene l'affermativa, argomenta così. Non pareggiando negli effetti giuridici il suicidio alla cessazione, si spinge, in qualche modo, il commerciante al suicidio, indotto dal proposito di scongiurare con la morte il fallimento, a cui si ribella il suo amor proprio, e che egli ritiene forse disonore perenne pei figli. Fate che sappia che il suicidio non salverà nè il suo nome dalla vergogna, nè il suo patrimonio da una catastrofe, e risparmierete forse una vittima dei propri pregiudizi, o di un sentimento esagerato, e tal volta morboso, di amor proprio.

L'inconveniente può verificarsi; non vi è dubbio. Ma si potrà per esso mutare la caratteristica del fallimento, che risiede nella effettiva cessazione dei pagamenti? E, nei riguardi commerciali, perchè distinguere la morte naturale dalla morte violenta, se l'una o l'altra si verifica quando vi è bensì il dissesto economico, ma quando la cessazione non si è ancora verificata? E, poi, come stabilire che il suicidio fu conseguenza dello sbilancio, se questo può essere estraneo a quella deplorevole risoluzione, o esserne un coefficente, ma non il solo? Gli eroi ed i martiri della sventura saranno pochi; e la legge è fatta per la generalità dei cittadini, che non aspira nè all'eroismo, nè al martirio!

In Italia, la questione fu ampiamente trattata davanti ai tribunali nella celebre causa degli eredi Baldini contro la Finanza. La Corte d'appello di Roma (1), posto il principio fondamentale che la cessazione dei pagamenti è la caratteristica del fallimento; che non basta quindi lo stato d'insolvibilità per dichiarare fallito un commerciante vivo; rileva che tanto meno questa insolvibilità può bastare quando si tratta d'un defunto. " Dopo la morte, non è chi non vegga che simile dichiarazione diviene più grave per infliggere una nota di biasimo ad un uomo che non può più difendersi, e che perciò non deve essere provocata che da atti a lui strettamente personali „. — E la Cassazione di Roma, confermando questa dottrina (2), e trattando più specialmente la questione del possibile pareggiamento, quanto alle conseguenze giuridiche, del suicidio con la cessazione dei pagamenti, osserva che la legge non fa distinzione tra la morte volontaria e la morte naturale del debitore. " Il magistrato non può attribuire alle due maniere di morte una diversa importanza, col ritenere che il commerciante che muore naturalmente, e non il commerciante suicida, debba considerarsi *integri status*, sebbene sia certo che questi come quegli non abbia cessato i suoi pagamenti prima della morte „. — La Corte suprema però, in contraddizione con la Corte d'appello, ammette che possa, ed anzi debba il magistrato indagare la causa del suicidio " ogni volta che occorra provare se furono reali o non piuttosto simulati i pagamenti che si dicono stati eseguiti dal commerciante prima del suicidio, pel fine di ammettere od

(1) Corte d'appello di Roma, 20 settembre 1876, *Foro it.*, I, 1125.

(2) Decisione 19 dicembre 1876 (*Foro ital.*, II, 147).

escludere quella cessazione dei pagamenti sulla quale soltanto si può fondare la dichiarazione di fallimento. L'indagine sulla causa del suicidio può mettere in chiaro le arti adoperate dal commerciante per mascherare con false apparenze di pagamento la sua difficile posizione, al fine di allontanare per quanto possibile la dichiarazione di fallimento „. — Reputo questo insegnamento erroneo. Nessun suicida confesserà, prima di darsi la morte, fatti che possano indurre la magistratura a riconoscere simulati o sospetti taluni pagamenti da lui eseguiti in vita. Probabilmente, se il suicidio è indotto dallo sbilancio economico, il commerciante lo dichiarerà; ma questa sua dichiarazione di volersi salvare con la morte dal disonore, non modifica in guisa alcuna la soluzione che si accoglie, e cioè che se il commerciante prima di morire non fu insolvente, non lo si può far fallire. — Ma, facciasi pure l'ipotesi che si possa stabilire, o con la dichiarazione diretta del defunto, o con altri elementi, che il suicida pagò in modo simulato, o, più esattamente, che continuò i pagamenti procurandosi i mezzi rovinosamente e fraudolentemente. E che per ciò? Se, come si dirà a suo luogo, l'art. 705 del nuovo Codice consente si dichiari che il commerciante era realmente in istato di cessazione di pagamenti, sebbene abbia pagato, solo perchè i mezzi per far fronte agli impegni furono rovinosi o fraudolenti — questa disposizione suppone però che la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo, e solo se ne retrotragga la data a quel momento in cui può stabilirsi che si è pagato unicamente adoperando gli accennati mezzi. Ma finchè la cessazione effettiva, materiale, non esiste, non si può dal giudice spingere l'indagine ad un'epoca anteriore, per verificare in qual modo i pagamenti poterono effettuarsi. — Dunque: se la morte impedì che la cessazione dei pagamenti si verificasse, il giudice non può pronunciare il fallimento, nè retrotrarre, per conseguenza, una cessazione che, effettivamente, non ebbe mai luogo. Escludo quindi senz'altro qualunque induzione del giudice sulle cause del suicidio. Il magistrato deve limitarsi a verificare se la cessazione dei pagamenti ebbe luogo prima della morte. Se non ebbe luogo, non è più il caso di pronunciare il fallimento di un commerciante defunto, tanto se la morte fu naturale, quanto se fu violenta.

27. Chi può prendere l'iniziativa della dichiarazione di fallimento d'un commerciante defunto?

L'art. 543 del Codice abrogato diceva che questa dichiarazione *non può essere domandata dai creditori, nè pronunciata d'ufficio, che entro l'anno dalla morte del fallito;* dicitura identica a quella dell'art. 437 al. 3 del Codice francese. Il testo della legge, così in Francia come in Italia, non parve ad alcuni scrittori tanto assoluto da escludere che anche gli eredi potessero avere l'iniziativa della dichiarazione del fallimento del loro autore (1). Ora, di fronte al silenzio dell'art. 690 del Codice nuovo, credo fermamente che l'obbietto, che pur poteva desumersi dal testo della legge, scomparisca, e rimangano invece argomenti poderosi per sorreggere l'accennata opinione.

Anzitutto è da evitarsi l'equivoco in cui si è incorso da taluno (2) nel porre la questione. Non si domanda, cioè, se l'erede, il quale abbini la qualità di creditore, possa chiedere la dichiarazione di fallimento; bensì, se l'erede, come tale, possa avere la iniziativa, che aveva il defunto, per farne pronunciare il fallimento. Che l'erede, quale creditore, possa chiedere l'apertura del fallimento, all'infuori del caso che abbia accettata l'eredità puramente e semplicemente,

(1) PARDESSUS, *Droit comm.*, n. 1029; BÉDARRIDE, *Faillite*, I, n. 25; LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de droit comm.*, II, n. 2589.

(2) CUZZERI, op. cit., n. 81.

non può dar luogo a dubbi. È un creditore come qualunque altro. E appunto mantiene la qualità di creditore, per avere accettata l'eredità beneficiariamente (art. 968 Codice civile).

Si faccia invece l'ipotesi che, o l'erede non sia creditore, o, se creditore, abbia accettata l'eredità puramente e semplicemente. Perchè gli si nega il diritto di chiedere, nella rappresentanza del defunto, l'apertura del fallimento? Perchè ripugna, si dice, alla pubblica moralità che l'erede, colla domanda di fallimento, offenda la memoria di chi lo ha beneficato (1); e perchè, accettando l'eredità col beneficio dell'inventario, non ha più alcun interesse alla pronuncia di fallimento (2). — La risposta a questi obbietti non è difficile. Non è vero dapprima che la pronuncia di fallimento miri sempre a far ingiuria alla memoria del defunto. Qualche volta può essere mezzo efficace per farne conoscere la illibata condotta (3), ponendo i creditori in grado di vagliarne l'operato con l'esame completo dell'azienda. E quanto all'interesse, è chiaro che gli eredi possono ritener utile, colla dichiarazione di fallimento, di liquidare la successione in modo più rapido ed economico. E data pure l'accettazione col beneficio dell'inventario, essi possono sperare, col mezzo d'un concordato, di evitare le vendite giudiziali; di liquidare, nel modo più favorevole, l'asse ereditario; e salvare qualche rimasuglio a proprio favore dal naufragio economico del defunto (4).

Siccome poi il fondamento del diritto, riconosciuto agli eredi, di far pronunciare il fallimento del *de cujus*, risiede nella rappresentanza che hanno della sua personalità giuridica, la quale, per presunzione di legge, continua negli eredi — così ammetto che anche i discendenti, gli ascendenti e il coniuge possano, nella loro qualità di eredi, far dichiarare il fallimento del loro autore. Nè mi si opponga il disposto dell'art. 687, 2° al. (5); perchè esso contempla persone congiunte al defunto, le quali, essendo creditrici di lui, non possono, pei loro legami strettissimi col debitore, provocarne il fallimento (§ 17). Un riguardo delicato, di ordine superiore, verso la società domestica impone un sacrificio all'interesse privato. Nel caso, invece, in esame, è l'erede che si surroga al defunto, per ottenere quella dichiarazione che il defunto medesimo si presume avesse interesse di conseguire. La ragione dunque del divieto scomparisce.

28. Pel Codice civile (art. 1032, 2054 e seguenti), i creditori dell'eredità possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede, all'effetto di ottenere il soddisfacimento dei propri crediti a preferenza dei creditori dell'erede. La domanda di separazione deve spiegarsi nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell'aperta successione (articolo 2057).

Ora, concedendo ai creditori di un commerciante defunto il diritto di farne aprire il fallimento se la cessazione dei pagamenti esisteva prima della morte; e accordando per l'esercizio di questo diritto il termine di un anno dalla morte — si viene a protrarre il termine dei tre mesi, contemplato dal Codice civile, mentre l'apertura del fallimento produce, sebbene in modo più ampio, le stesse conseguenze della domanda di separazione dei patrimoni. Dico in modo più ampio, perchè, mentre la separazione non profitta che ai creditori che la domandano; la dichiarazione di fallimento giova alla

(1) BOULAY-PATY, *Faillites*, n. 55.

(2) ALAUZET, *Droit comm.*, VI, n. 2422; DEMANGEAT sur BRAVARD, *Traité de droit comm.*, V, pag. 34; BOISTEL, *Précis de droit comm.*, n. 893.

(3) VIDARI, *Corso di dir. comm.*, VIII, n. 4329.

(4) Accolgono questo avviso in Italia: VIDARI, op. cit., n. 4307; CALAMANDREI, op. cit., n. 82. Vi sono contrari: SACERDOTI, op. cit., p. 26; CUZZERI, op. cit., n. 81.

(5) VIDARI, op. cit., n. 4329.

collettività dei creditori. Questi, pertanto, quando è scorso infruttuosamente il periodo di tre mesi per chiedere la separazione, hanno tuttavia altri nove mesi per far dichiarare il fallimento del loro debitore, semprechè ricorrano gli estremi dell'art. 690 Cod. commercio. Tale diversità di termini per conseguire il medesimo intento giuridico, rappresenta senza dubbio un inconveniente. Tuttavia la Commissione compilatrice (1) ammise che se il termine dei tre mesi doveva ritenersi sufficiente pei casi ordinari di successione; esso sarebbe stato soverchiamente breve nelle successioni dei commercianti, per la quantità degli affari pendenti e per l'opportunità di lasciare ai creditori il tempo necessario per determinarsi a ciò che meglio convenga nel loro interesse. Del resto, nulla osta che riguardo all'eredità dei commercianti si adotti un termine eccezionale.

Se, pertanto, scorsi i tre mesi, contemplati dall'art. 2057 del Cod. civ., l'erede abbia concesso ipoteche ai propri creditori sui beni ereditari, i creditori del defunto, che chiedono entro l'anno l'apertura di fallimento del loro debitore, avendo a propria garanzia anche i beni immobili ipotecati, fanno cadere le ipoteche senza bisogno di iscrivere il proprio credito a sensi dell'art. 2060 Cod. civ. Infatti, come diceva la Corte d'appello di Douai (2), il diritto dei creditori su tutti i beni lasciati dal loro debitore, non si basa sulla separazione dei patrimoni, che non hanno domandata, e che non avevano quindi da iscrivere; ma sull'effetto legale del fallimento, che esclude e risolve di fronte ad essi ogni confusione dei beni del fallito con quelli del suo erede (3).

Del resto è evidente che, sebbene il fallimento estenda i suoi effetti a tutta la massa dei creditori, mentre la separazione non giova che a chi la domanda — tuttavia esso può profittare di più, non solo pel termine più lungo per chiederlo, ma sì ancora pegli effetti che vi sono inerenti. L'amministrazione dei beni sottratta agli eredi; la rapida liquidazione, disgiunta dalle gravi e lunghe formalità delle esecuzioni ordinarie, sono vantaggi, e non indifferenti, pei creditori. Ma, sopratutto, essi ritrarranno un singolare beneficio dalle norme speciali del diritto commerciale che riflettono l'impugnativa degli atti fraudolenti del commerciante fallito. L'azione pauliana è in molti casi un meschino presidio pei creditori, per la qualità della prova imposta dal Codice civile (art. 1235). Il Codice di commercio — con le nullità comminate a certi atti sospetti; con le sue presunzioni di frode; col porre l'onere della prova a carico di chi intende mantenere la validità degli atti compiuti — certo favorisce il ceto creditorio in modo che difficilmente, trattandosi dell'eredità di commerciante insolvente prima della morte, i creditori rinuncieranno al fallimento, per ricorrere alla separazione dei patrimoni; anche avuto riguardo che la separazione tende precisamente a distruggere quella eguaglianza di trattamento fra i creditori, che il fallimento mira ad attuare. Cosicchè non sarà difficile si verifichi il caso che qualche creditore chiegga l'apertura del fallimento, appunto per invalidare diritti di poziorità che qualche creditore abbia conseguiti per mezzo della domanda di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.

Art. 691.

Colla sentenza che dichiara il fallimento il tribunale deve:

1° nominare il giudice delegato alla procedura del fallimento;

(1) Verbali, n. 765.

(2) Decisione 24 dicembre 1877 (DALLOZ, *Recueil* 1878, 2, 149).

(3) DEMOLOMBE (*Cours de droit civil*, XVII, n. 198) esclude invece che le norme del diritto civile sieno modificate dalle disposizioni sul fallimento.

2° ordinare l'apposizione dei sigilli;

3° nominare il curatore provvisorio del fallimento;

4° fissare il luogo, il giorno e l'ora in cui i creditori, entro venti giorni dalla data della sentenza, devono radunarsi per la nomina dei membri della delegazione di sorveglianza e per essere consultati intorno alla nomina definitiva del curatore;

5° stabilire un termine non maggiore di un mese, nel quale i creditori devono presentare nella cancelleria del tribunale le dichiarazioni dei crediti;

6° determinare il giorno e l'ora in cui sarà proceduto nella residenza del tribunale alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, entro i venti giorni successivi.

La sentenza deve contenere anche l'ingiunzione al fallito di presentare entro giorni tre il bilancio nella forma stabilita nell'articolo 686 ed i suoi libri di commercio, se non siano già stati depositati.

Tale sentenza è provvisoriamente esecutiva.

Art. 692.

Il cancelliere del tribunale di commercio partecipa immediatamente ai pretori dei mandamenti, nei quali trovansi beni del fallito, la dichiarazione del fallimento e l'ordine di apposizione dei sigilli, affinchè questa sia tosto eseguita, e trasmette loro le notizie che si hanno allo stato degli atti.

Art. 693.

Il fallito ha diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento, pronunciata d'ufficio o ad istanza di uno o più creditori, avanti allo stesso tribunale che l'ha proferita, entro giorni otto dall'affissione alla porta esterna del tribunale.

Ogni altro interessato ha diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento entro trenta giorni dall'adempimento della formalità medesima.

Il giudizio di opposizione è promosso in contraddittorio del curatore.

Sommario.

29. *Chi può fare opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, ed entro quale termine.*
30. *In che consista l'opposizione nel giudizio di fallimento.*

31. *Se l'opposizione e l'appello sono, in ogni caso, rimedi alternativi oppure successivi.*
32. *Il fallito può fare opposizione a mezzo di mandatario generale, nominato prima della pronuncia di fallimento.*
33. *In qual modo si proponga l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.*
34. *Tema di questa opposizione; e più precisamente: se la prova di aver disinteressati tutti i creditori, basti per far revocare, con l'opposizione, la sentenza dichiarativa di fallimento.*

29. Contro la sentenza dichiarativa di fallimento può fare opposizione tanto il fallito, quanto ogni altra persona, la quale possa provare di risentire una immediata influenza nei proprî diritti dalla sentenza medesima. Deve, cioè, trattarsi di un interesse *giuridico*, quale si esige dall'art. 36 del Cod. di proc. civ. per proporre una domanda in giudizio o per contraddire alla medesima; non di un interesse semplicemente *economico*, su cui possa avere una mediata influenza la pronuncia di fallimento. Potranno quindi far opposizione i creditori civili, i quali, una volta pronunciato il fallimento, sono pareggiati agli altri creditori nelle conseguenze derivanti da questa pronuncia; e potranno farla tutti quelli che, avendo contrattato col fallito dopo la cessazione dei pagamenti, possono veder annullati gli atti conchiusi, sia a titolo oneroso, che a titolo gratuito (art. 709). Non possono invece fare opposizione i debitori del fallito, a meno che non provino che la dichiarazione di fallimento esercita una influenza giuridica sulle loro obbligazioni verso il fallito (1).

Vi ha però una differenza tra l'opposizione del fallito e l'opposizione d'ogni altro interessato, sia riguardo alla sentenza che si impugna, sia riguardo al termine dell'opposizione. Giacchè, mentre il fallito non può fare opposizione contro la sentenza di fallimento da lui medesimo provocata; e nemmeno, come si dirà più innanzi, contro la sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata dietro domanda dei creditori e col contraddittorio di esso fallito; — il terzo può opporsi, invece, in ogni caso alla sentenza medesima, qualunque sia l'iniziativa che l'abbia provocata, tranne il caso che si tratti di creditore che abbia chiesta ed ottenuta la dichiarazione di fallimento. Egli si trova allora nella identica condizione del debitore che abbia chiesta l'apertura del proprio fallimento: non gli si permette, cioè, di disdire il fatto proprio, col reclamare da un provvedimento ch'egli medesimo ha provocato, che fu conforme alla sua istanza, e che un interesse sociale esige sia mantenuto. Invece potrà il creditore spiegare l'opposizione, se avendo chiesta con semplice ricorso la dichiarazione di fallimento, la sua domanda sia stata respinta (art. 913, ultimo alinea).

La seconda differenza risiede nel termine: perchè, mentre il fallito ha otto giorni dall'affissione alla porta esterna del tribunale della sentenza dichiarativa di fallimento per farvi opposizione; ogni altro interessato gode del maggior termine di giorni trenta dall'adempimento dell'accennata formalità. La legge mira a raggiungere la maggior sicurezza che gli interessati abbiano avuto in tempo notizia di un fatto giuridico che può lederli. Quanto al fallito, il termine di otto giorni è per lui più che sufficiente, mentre, per la forza stessa delle cose, egli è immediatamente avvertito della dichiarazione di

(1) È contrario il VIDARI (*Corso*, VIII, n. 4866) che riconosce invece incondizionatamente il diritto nei debitori del fallito a spiegare l'opposizione; sebbene, parlando prima della opposizione diretta a far determinare la data della cessazione dei pagamenti, accolga (n. 4855) l'insegnamento del RENOUARD (*Traité de faillites*, I, 286) che richiede appunto che i debitori sieno lesi nelle proprie obbligazioni verso il fallito per poter spiegare quella opposizione.

fallimento, e non ha bisogno di soverchia riflessione per decidersi a spiegare o no l'opposizione (1).

Finchè dunque la sentenza non è pubblicata a mezzo dell'affissione alla porta esterna del tribunale, non decorre il termine perentorio ed improrogabile per la opposizione (2), e ciò anche nel caso in cui il tribunale respinga la domanda di fallimento proposta da uno o più creditori (art. 913, ultimo alinea). Credo, cioè, che anche il provvedimento di rigetto debba pubblicarsi con l'affissione alla porta esterna del tribunale. Non capisco come si voglia in questo caso mutare i termini del reclamo, per sostituirvi quelli dell'opposizione alle sentenze contumaciali (art. 476 Cod. proc. civ.) (3). Sia pure che questo provvedimento non muti lo stato giuridico del debitore. Ma ciò, per altro, non esclude che di giudizio contumaciale non si tratta, se chi si oppone è per lo appunto quello che ha presentata l'istanza di fallimento; e se, ad ogni modo, i termini prefissi dal Codice di commercio per l'opposizione hanno una decorrenza precisa dalla esecuzione di una formalità, efficace per tutti gli interessati, quale è l'affissione alla porta esterna del tribunale. Adottando l'opinione contraria, si richiederebbe, per questa decorrenza, la notificazione a mezzo di usciere; e non facendosi, o per quelli a cui non si facesse, il termine non decorrerebbe mai. L'inconveniente ci pare la miglior confutazione di questo avviso.

Il termine per l'opposizione decorre anche se l'accennata affissione non sia stata completata con le pubblicazioni ed inserzioni ordinate all'art. 912 del Cod. di comm. Il legislatore volle che il tempo necessario per effettuare quelle formalità, *sia pure nel più breve termine possibile*, non prolungasse di soverchio lo stato di provvisorietà della sentenza dichiarativa di fallimento.

Si avverta però bene che l'affissione alla porta esterna del tribunale mira unicamente a metter in essere una formalità estrinseca di sicura constatazione per la decorrenza del termine a reclamare dalla sentenza dichiarativa di fallimento. Ma, indipendentemente da quella formalità, è certo che, una volta pronunciata la sentenza di fallimento, essa spiega subito gli effetti che la legge attribuisce a simili pronuncie. Se quindi un terzo contratta con un commerciante, di cui sia già stato pronunciato il fallimento, sebbene la sentenza relativa non sia stata affissa, contratta con persona la quale non ha più l'amministrazione del proprio patrimonio nè la libera disponibilità del medesimo. La perdita dell'amministrazione avviene di pieno diritto dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento (articolo 699). Ed è forse per meglio ribadire questo principio che l'articolo 691 ultimo alinea sancì che la sentenza dichiarativa di fallimento è provvisoriamente esecutiva; quantunque tale sanzione possa apparire superflua, ognorachè si ricordi che l'art. 913 stabilisce già la regola generale che tutte le sentenze in materia di fallimento godono della provvisoria esecuzione.

Ora, il terzo contraente, che sia stato leso nei propri diritti per un ritardo non giustificato nell'affissione della sentenza dichiarativa di fallimento, potrà spiegare un'azione d'indennizzo? e contro chi?

Quanto al diritto in massima all'indennizzo non metto dubbio, qualora sia dimostrata una responsabilità nel ritardo ad eseguire le formalità imposte dalla legge. L'art. 912, penult. al., non prescriverebbe termini ristretti per effettuarle; non parlerebbe di immediata esecuzione di alcune

(1) LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de droit comm.*, II, 2618.

(2) VIDARI, *Corso di diritto comm.* VIII, n. 4378.

(3) Decisione 14 luglio 1885, Bertes c. Papucci, della Corte d'appello di Lucca (*Annuario critico di giur. it.*, III, n. 132).

fra esse; non affiderebbe, nell'ultimo alinea, al giudice delegato la cura speciale per la loro esatta osservanza — se potesse essere poi indifferente di eseguire tempestivamente o no le formalità medesime. La deficienza d'una comminatoria diretta avvalora sempre più l'opinione che l'indennizzo, dovuto a chi è danneggiato dalla non giustificata inesecuzione della legge, fu ritenuto pena sufficiente per il colpevole.

Ma chi è questo colpevole? Secondo il Bravard (1) è il cancelliere, perchè la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento non è fatta soltanto per un interesse privato, ma per un interesse d'ordine pubblico. Secondo Boistel (2) invece, sarebbero i sindaci, e cioè il curatore, perchè si tratterebbe di un atto conservativo che il curatore deve fare appena nominato, così e come deve provvedere all'immediata apposizione dei sigilli se non fu ancora eseguita (art. 744).

Io opino che responsabile del ritardo ingiustificato debba ritenersi soltanto il cancelliere. Appunto perchè la legge determina in modo speciale gli incarichi affidati al curatore, ha da ritenersi che tutti quelli che riflettono misure di giustizia, di ordine più sociale che privato, sieno, anche nel giudizio di fallimento, devolute alla cancelleria. Nel caso poi speciale la formalità della pubblicazione ed inserzione della sentenza di fallimento non può considerarsi quale provvedimento conservatorio. È invece diretta a dare notorietà all'atto, che inizia la procedura di fallimento, a legittimare, anche verso il pubblico, il mandato legale del curatore. Quindi è parte complementare e sostanziale della sentenza di fallimento. Il cancelliere, cui incombe l'obbligo della pubblicazione delle pronuncie dei magistrati (art. 366 Cod. proc. civ.), deve quindi provvedere a che la pubblicazione all'udienza si completi con la notorietà *erga omnes*, e quindi con l'esecuzione di una formalità che riflette l'interesse sociale prima ancora di quello privato delle parti interessate.

30. Ma in che consiste l'*opposizione* nel giudizio di fallimento?

Gli scrittori, anche più recenti, che trattarono la materia; la stessa Commissione incaricata di redigere il nuovo Codice di commercio (3); e quasi unanimi le pronuncie dei magistrati che dovettero interpretarne le relative disposizioni di legge, assegnano alla voce *opposizione* il significato speciale con cui il Codice di procedura civile designa il rimedio concesso al contumace contro una sentenza emessa in suo confronto, senza che gli sia stato rinnovato l'atto di citazione, non notificatogli originariamente in persona propria (art. 474 Cod. proc. civ.). — Si dice che un termine giuridico non può avere significati diversi. — Ma, in verità, il motivo mi pare di facile confutazione. Prima di tutto, perchè la pa-

(1) BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., v, p. 61.

(2) BOISTEL, *Précis de droit comm.*, 902.

(3) Infatti nel verbale CXXX, n. 768, si legge: " Secondo la formula dell'art. 698 (del Codice del 1865) potrebbe credersi che l'opposizione, di cui ivi si tratta, costituisca un mezzo diverso da quello a cui si riferiscono le disposizioni del capo I del titolo V del libro I Cod. proc. civile. Ciò non può essere, e quindi l'opposizione del fallito deve essere ristretta ai casi, nei quali la dichiarazione di fallimento sia stata pronunciata d'ufficio, o ad istanza di creditori con sentenza contumaciale, a tenore dell'art. 474 del detto Codice ". Non si assegni però a questo brano maggior importanza che realmente non abbia. Giacchè esso era diretto a chiarire la disposizione dell'articolo 750 del progetto preliminare, così formulata: " Il fallito è in diritto di fare opposizione alla sentenza dichiarativa del fallimento, pronunziata di ufficio, o in di lui contumacia nel caso previsto dall'art. 474 del Codice di procedura civile, avanti lo stesso tribunale che l'ha proferita, entro giorni otto dacchè furono adempiute le formalità di pubblicazione indicate nell'art. 1002 ". Questa disposizione, come già si è detto al § 19, fu soppressa dal Senato, e non esiste più nel testo del Codice.

rola *opposizione* è adoperata nella legislazione patria, e perfino nello stesso Codice di procedura civile, con significati diversi (art. 1244 del Codice civile; e le opposizioni in genere agli atti esecutivi). Poi, perchè, anche restringendosi al suo valore processuale, siccome termine contrapposto all'altro di *appello*, la opposizione, per avere il significato univoco che le si vuol assegnare, dovrebbe riferirsi, nei singoli casi contemplati dal Codice di commercio, alla contumacia di chi intende esperire quel rimedio, e si trova nelle condizioni previste dal Codice di procedura civile. Ma questo è ben lontano dal verificarsi in tutti i casi in cui il nuovo Codice concede di spiegare l'opposizione. Un'analisi diligente di questi casi varrà a dimostrarlo. Essi sono enunciati all'art. 913, il quale ammette, eccezionalmente, l'opposizione e l'appello nei casi preveduti negli art. 693, 706, 816, 836. Nei casi successivi, pure accennati nella disposizione medesima col richiamo degli art. 765, 807, 822, non si tratta che di appellazione di *sentenze finali in primo grado di giurisdizione;* di giudizi, cioè, i quali, avendo esaurito completamente il primo grado di giurisdizione, non possono più essere assoggettati con l'opposizione ad un secondo esame del magistrato di prima istanza, ma devono unicamente devolversi al magistrato d'appello.

L'art. 693 parla dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento. Se è il fallito che spiega questa opposizione contro la sentenza di fallimento pronunciata d'ufficio o ad istanza di creditori, come può parlarsi di contumacia, se il tribunale non è nemmeno obbligato a sentire previamente, ed in forma famigliare, il fallito in Camera di consiglio; e se, come si dirà in appresso, la sola sentenza provocata dai creditori dietro semplice ricorso è reclamabile col mezzo dell'opposizione? — Che se poi sono o i creditori od altri interessati che fanno opposizione, il concetto della contumacia svanisce affatto, se essi non figuravano nemmeno quali parti nel giudizio in cui il fallimento fu pronunciato. — Dicono però i pubblicisti francesi, e ripete qualche scrittore italiano, che in questo caso si tratta di *opposizione di terzo*. È un errore. L'opposizione di terzo è un mezzo *straordinario* di impugnativa di sentenze, limitato ai casi tassativi previsti dal capo IV, titolo V, libro I del Codice di procedura civile, e mantenuto ristretto nella sua adozione anche dalle comminatorie di multa e di risarcimento di danni a carico di chi lo abbia avventatamente usato.

Il secondo caso di sentenza opponibile è quello accennato all'art. 706, contro la sentenza, cioè, che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore alla dichiarazione di fallimento, la data della cessazione dei pagamenti. Questa sentenza può opporsi e dal fallito e dai creditori, senza distinzione che sieno o no comparsi anteriormente nel giudizio di fallimento, e quindi anche nel caso che abbiano provocata la sentenza contro cui spiegano l'opposizione, per non essere stata accolta la loro istanza riguardo all'epoca della cessazione dei pagamenti.

La terza sentenza suscettiva di opposizione è quella accennata all'art. 816, e contempla l'ipotesi d'un fallito, il quale, provando di aver pagato intieramente, in capitale, interessi e spese, tutti i creditori ammessi al fallimento, chieda la cancellazione del suo nome dall'albo dei falliti. E qui ancora il concetto della contumacia sfuma, se è lo stesso fallito che ha provocato la pronuncia, quello che spiega l'opposizione. E tanto meno poi potrebbe parlarsi di contumacia se fosse un creditore che si opponesse alla pronuncia concedente la chiesta cancellazione.

L'ultima sentenza, che per l'art. 913 è suscettibile del rimedio dell'opposizione, è quella accennata all'art. 836. Si tratta di opporsi a che il tribunale omologhi il concordato; e la opposizione è riservata ai creditori *dissenzienti o non intervenuti*. Dunque, essendo concessa l'opposizione an-

che ai presenti al concordato, qualora siano stati contrari al medesimo, non può parlarsi di contumacia. — Non omettendo di rilevare che in questo caso la voce *opposizione* non indica più un rimedio contro una determinata pronuncia, ma semplicemente una protesta, con cui si assoggettano all'esame del tribunale le ragioni che, ad avviso dei dissenzienti, si opporrebbero alla chiesta omologazione. Ciò che prova con quale deplorata inesattezza di linguaggio giuridico sia compilato questo Codice!

Da quest'analisi dei singoli casi contemplati all'art. 913, parmi possa dedursi che l'*opposizione* nel giudizio di fallimento, sebbene contrapposta all'*appello*, non è quel rimedio che pel rito giudiziario civile è concesso al contumace contro una sentenza emessa in suo confronto senza che, o sia stato citato in persona propria, o gli sia stato rinnovato l'atto di citazione.

Escluso questo significato, qual è il concetto dell'opposizione nel giudizio di fallimento? Per me è questo: — l'opposizione è un rimedio offerto contro determinate pronuncie emesse in Camera di consiglio, le quali, ferendo l'interesse o del fallito o dei creditori, dànno diritto a quello o a questi di richiamarsene al tribunale colle garanzie proprie del contraddittorio. — E alla stregua della legge positiva apparirà l'esattezza di questo mio concetto.

a) Se il fallimento è dichiarato d'ufficio o dietro istanza dello stesso debitore, la pronuncia è emessa in Camera di consiglio. Se invece sono i creditori che provocano la dichiarazione di fallimento, allora, o avanzano l'istanza a mezzo di ricorso (§ 18), e la pronuncia di fallimento è emessa anche in questo caso in Camera di consiglio; oppure chiedono la dichiarazione di fallimento con la citazione del debitore, ed in tale ipotesi il fallito, nel cui contraddittorio si è contestato il giudizio, non può rinnovare il dibattito, perchè il magistrato di primo grado ha *functus munere suo*. Nel solo caso che la citazione non sia stata rinnovata al fallito, non citato originariamente in persona propria, ed il fallito sia rimasto contumace, gli sarà concesso di spiegare il rimedio dell'opposizione. Ma questo rimedio è quello generale dei giudizi contumaciali contemplato dal Codice di procedura civile. Distinzione questa che mostra sempre più la necessità di non confondere tra loro due rimedi d'indole giuridica così diversa.

b) La sentenza che in via provvisoria determina ad epoca anteriore la data della cessazione dei pagamenti (art. 706), è un provvedimento che si conforma in tutto e per tutto all'indole della pronuncia di fallimento, siccome quello che ne costituisce il necessario complemento, vuoi nel caso che la determinazione si contenga nella stessa sentenza dichiarativa, vuoi in una sentenza posteriore (art. 704). Perciò, quanto s'è detto della sentenza dichiarativa, va ripetuto per quella determinatrice la data della cessazione dei pagamenti. Se questa sentenza sarà emessa in Camera di consiglio, sia d'ufficio, sia sull'istanza di qualunque interessato, sarà soggetta al rimedio della opposizione in contraddittorio del curatore e nell'udienza medesima fissata per la discussione delle contestazioni sulla verifica dei crediti (art. 706, 2° al.).

c) L'art. 816 sancisce che il tribunale, riconosciuto che il debitore ha pagato tutti i suoi creditori, può ordinarne la cancellazione del nome dall'albo dei falliti. È chiaro che si tratta di misura deliberata in Camera di consiglio. Giacchè questo provvedimento corrisponde a quello dell'omologazione del concordato, quando alla omologazione si aggiungano le dichiarazioni favorevoli al fallito (art. 836, 839). Questa sentenza non riguarda pertanto che la persona del fallito; non influisce in alcun modo sui rapporti dei terzi; e mancherebbe quindi un contraddittore legittimo per istituire una procedura contenziosa.

d) Ho già notato superiormente come l'opposizione contemplata all'art. 836 non

è diretta contro un provvedimento giudiziale che si intenda reclamare, bensì contro il concordato per impedirne la omologazione. Se l'opposizione non è spiegata, il tribunale omologa il concordato in Camera di consiglio. Se è spiegata, allora si dibatte un vero giudizio in contraddittorio del curatore e del fallito. Qui dunque l'opposizione, piuttostochè un rimedio contro una pronuncia già emessa in Camera di consiglio, costituisce un mezzo per impedire questa pronuncia, e per fare che l'omologazione abbia luogo nel contraddittorio delle parti interessate. Ma se fu errore del legislatore il classificare questa opposizione fra quelle che riflettono un vero reclamo da un precedente provvedimento giudiziale, rimane però sempre fermo il carattere peculiare che si è assegnato all'opposizione nel giudizio di fallimento, ed escluso recisamente l'altro di un rimedio offerto al contumace secondo i principii che disciplinano l'opposizione nel Codice di procedura civile (1).

Chiarito così, con l'analisi delle disposizioni del nuovo Codice, il mio pensiero, la conclusione a cui vengo mi pare logica e rigorosamente giuridica. — Il provvedimento emesso in Camera di consiglio può essere effetto di imperfetta conoscenza delle circostanze della causa, delle sue peculiari esigenze, delle stesse disposizioni legislative. La legge soccorre la parte interessata. Le consente di illuminare la stessa magistratura, che emise *sine strepitu judicii* il primo provvedimento, all'effetto di ottenere, se le è possibile, un ritorno sul giudizio già emesso.

Questo mio concetto, che già svolsi in uno studio speciale (2), fu accolto da una egregia sentenza della Corte d'appello di Venezia (3). Questa sentenza dichiara infatti che per le sentenze proferite in Camera di consiglio senza il contraddittorio delle parti, in materia di fallimento, è di regola ammessa l'opposizione. « Questo è un favore accordato alle parti interessate, acciò non abbiano a rimaner prive del primo grado di giurisdizione..... Al principio che il giudice non possa conoscere più d'una volta della stessa causa, fu derogato coll'istituto dell'opposizione..... Quanto alle sentenze contumaciali s'è ritenuto che l'opposizione rinnova il

(1) L'esimio MORTARA (*Commento al Codice di comm.*, ed. Drucker e Tedeschi, vol. VII, n. 142) credette cogliermi in fallo, portando innanzi l'art. 911 del Codice di commercio. Come — dice in sostanza l'acuto pubblicista — se questo articolo parla di relazione del giudice delegato che deve precedere tutte le deliberazioni del tribunale in materia di fallimento, tranne quelle accennate nell'articolo medesimo che possono prendersi in Camera di consiglio (e fra le quali non esistono le sentenze accennate agli art. 693, 706, 816 e 836), come mai potete parlare di provvedimenti presi in Camera di consiglio? Ma se è la legge stessa che parla di *relazione fatta in pubblica udienza*?... Se non che la censura del MORTARA non ferisce affatto la mia dottrina; colpisce soltanto una infelice disposizione di legge, male redatta, ed in alcuni casi d'impossibile attuazione. — Anche le deliberazioni che si prendono dai tribunali di commercio nel giudizio di fallimento in Camera di consiglio si fanno precedere dalla relazione del giudice delegato in pubblica udienza. Poi il tribunale si ritira, e decide in Camera di consiglio. È ormai la pratica della nostra magistratura; la quale riconosce però tutta la anormalità di un rito, non giustificato da alcun attendibile motivo, ma che complica invece la procedura con uno strano ibridismo di forme. La legge infatti dice che *tutte le deliberazioni in materia di fallimento* devono essere precedute da questa relazione in udienza pubblica. Ne eccettua specialmente alcune, ma esse pure in modo facoltativo pel tribunale. Dunque, ad esempio, la omologazione del concordato (art. 836), se non vi è opposizione, si fa in Camera di consiglio. Ma egualmente deve essere preceduta dalla relazione in udienza pubblica. Il procedimento attuato dal nuovo Codice è questo: *et de hoc jure sapientissimo utimur!* S'accorgerà dunque il MORTARA — pure consenziente con me che l'opposizione del giudizio di fallimento non è quella dei giudizi contumaciali — che nessun argomento si può trarre dall'art. 911 per oppugnare la dottrina che io professo.

(2) *Dell'opposizione e dell'appello nei giudizi di fallimento*, studio pubblicato nel *Diritto commerciale* di Pisa 1884, col. 190 e seguenti.

(3) Decisione 1° luglio 1886, Carraro c. Fallimento De Martini (*Temi Veneta*, XI, 364).

problema giudiziario e rimette la contestazione nello stato in cui prima trovavasi; per cui la sentenza nata sull'opposizione, pone nel nulla la sentenza contumaciale, come se non fosse mai stata proferita. Codesti principii sono applicabili anche alle opposizioni contro sentenze proferite in Camera di consiglio, in materia di fallimento, e statuenti soltanto in via provvisoria; ed anzi a maggior ragione, dappoichè, riguardo a siffatte sentenze, da un lato sarebbe mancato persino la citazione della controparte, la quale perciò si sarebbe trovata nell'impossibilità di difendere davanti al giudice il proprio diritto, e dall'altro, stante la dichiarazione della provvisorietà delle loro statuizioni, portano in sè la condizione di nuovo esame per parte dell'autorità che le ha emanate „.

31. Delineata così la natura giuridica dell'opposizione nel giudizio di fallimento, occorre affrontare una questione su cui è vivo il dissenso nella dottrina e nella giurisprudenza. La questione è la seguente: nei casi in cui sono ammessi i due rimedi dell'opposizione e dell'appello, l'uso di questi rimedi è alternativo o successivo? E più concretamente: nei casi accennati agli articoli 693, 706, 816 e 836 si può appellare dalle sentenze ivi accennate, sebbene non sia stato spiegato previamente il rimedio dell'opposizione?

Malgrado che nello scritto accennato nel capitolo precedente io abbia professato rigidamente l'avviso che la parte è libera, in tutti i casi, di scegliere l'uno o l'altro rimedio a sua volontà, secondo che lo creda più vantaggioso alla tutela dei propri diritti; malgrado che la prevalente giurisprudenza (1) interpretando il nuovo Codice mi abbia dato fin qui ragione, ed egregi pubblicisti dividano quell'avviso (2) — devo parzialmente ricredermi. Nè mi punge farlo, perchè la coscienza dello studioso deve prevalere ad un falso sentimento di amor proprio. Del resto, il suffragio autorevole dei magistrati può servirmi di giustificazione se, dinanzi ad una legge, in questa parte veramente infelice, esposi fra i primi un'opinione, che studio più maturo mi obbliga di abbandonare in parte.

Io sostengo, pertanto, che contro la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 693), e contro l'altra che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti (art. 706) deve farsi opposizione prima di profittare del successivo rimedio dell'appellazione. Adotto, invece, pei casi accennati agli articoli 816 e 836 una diversa opinione, attesa l'indole peculiare dei provvedimenti in quegli articoli contemplati, come dimostrerò più avanti.

E la ragione scientifica preminente che m' induce ad ammettere l' obbligo della previa opposizione è la seguente. Come già dissi nel capitolo che precede, gli articoli 693 e 706 contemplano sentenze emesse in Camera di consiglio; e l'opposizione contro di esse mira a richiamar il giudice, con le garanzie del contraddittorio, sopra

(1) Hanno, infatti, dichiarato che si può appellare anche senza aver fatta opposizione, le seguenti sentenze: Appello di Napoli, 16 marzo 1883, Gajotti c. Maisto (*Annuario critico della giur. comm.*, I, n. 4); Appello di Catania, 19 dicembre 1883, Pannaciano c. Barletta; Appello di Roma, 26 febbraio 1884, Paparelli c. Del Monte; Appello di Milano, 2 luglio 1884, ric. Gilardoni (*Annuario*, ecc., II, n. 3, 4, 5); Appello di Roma, 20 marzo 1885, Capparoni c. Ulivelli; Appello di Napoli, 6 febb. 1885, Salvati c. Nitti; Appello di Milano, 19 sett. 1885, Banca cooperativa di Milano c. Ezzelino Pasta (*Annuario*, ecc., III, n. 4, 9, 10).

Si sono pronunciate invece contrarie, e cioè per l'uso successivo dei due rimedi: Appello di Milano, 16 giugno 1884, De Mattei c. Fall. De Mattei (*Annuario*, ecc., II, n. 6); e 20 settembre 1884, Isaia c. Zola (*Annuario*, ecc., III, n. 8); Appello di Torino, 7 marzo 1885, ric. Gastaldi (*Annuario*, ecc., III, n. 11).

(2) CALAMANDREI, *Del fallimento*, I, n. 106; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV, n. 401; il prof. CARNAZZA-PUGLISI, nella *Giurisprudenza* di Catania, XIV, n. 1.

un avviso già emesso, forse senza precisa conoscenza dei fatti, od almeno con errato loro apprezzamento alla stregua della legge. Se, pertanto, fosse lecito appellare senz'altro da queste sentenze, che ne deriverebbe? Si istituirebbe per la prima volta il contraddittorio dinanzi alla Corte d'appello; e, contrariamente ai principii che disciplinano il rito giudiziario civile, si passerebbe dal giudizio non contenzioso a quello contenzioso, fiscando all'appellato un grado di giurisdizione. Si noti che parlo di giudizio non contenzioso, non già di volontaria giurisdizione, perchè le pronuncie della Camera di consiglio dei tribunali di commercio non possono equipararsi a' provvedimenti di questo genere. I provvedimenti emessi in sede di giurisdizione volontaria sono affidati all'arbitrio prudente del giudice; mirano a tutelare le persone nelle quali è ristretto l'esercizio dei diritti civili; non possono ferire i diritti dei terzi non intervenuti; e, infine, per la loro indole peculiare, non acquistano mai forza di cosa giudicata. Invece i provvedimenti della Camera di consiglio dei tribunali di commercio feriscono diritti di parti anche non intervenute in giudizio, giustificati come sono dallo scopo di tutelare con la rapidità della procedura, l'interesse generale del commercio. Hanno bensì un carattere di provvisorietà, ma lo stesso motivo che indusse il legislatore ad accordare la facoltà di emetterli al tribunale, lo ha persuaso ad attribuire ad essi la forza della cosa giudicata, ognorachè non siano impugnati nei termini perentori stabiliti dalla legge. La distinzione è importante; e sarebbe errore gravissimo non farla. Essa però non esclude che le pronuncie della Camera di consiglio dei tribunali di commercio si emanino senza contraddittorio, e quindi in sede non contenziosa. Cosicchè, se fosse concesso di portarle per la prima volta dinanzi alla Corte d'appello in contraddittorio dell'appellato, si passerebbe realmente da una sede all'altra, e si priverebbe una delle parti di un grado di giurisdizione. L'appello, è vero, è nel diritto ed interesse dell'appellante (1). Ma l'appellato — sebbene abbia avuto ragione in primo grado, anche senza avere interloquito, nè, per la pronuncia conseguita a proprio favore, possa nemmeno in parte querelarsi — può tuttavia o non accettare interamente la massima professata dal tribunale *inaudita parte*, o dissentire dai fatti esposti ed averne altri a cui sorreggere l'identica conclusione. Ad ogni modo, preveda o non preveda la qualità dell'attacco dell'appellante, ha diritto che quello non gli giunga inatteso e per la prima volta dinanzi la Corte, con la impossibilità da parte sua di un ulteriore rimedio avverso il pronunciato che sarà emesso in suo contraddittorio. Riconoscendo invece l'obbligo dell'opposizione, per cui si istituisce il contraddittorio dinanzi al tribunale, ogni inconveniente è tolto: la contestazione della lite pone i fatti nella loro vera luce; li vaglia, se controversi, escludendoli o ammettendoli; e la stessa difesa della parte contraria all'opponente, precisandone l'assunto, ne determina l'interesse nella contestazione. Giacchè sarebbe abbastanza curioso che si volesse forzare l'appellato di farsi paladino obbligatorio dinanzi alla Corte d'una pronuncia che forse non approva, o accetta soltanto in parte.

Nella procedura ordinaria, l'uso dell'opposizione e dell'appello è facoltativo pel contumace. Questo argomento è il cavallo di battaglia di quasi tutte le pronuncie che riconoscono pari facoltatività nell'uso degli accennati rimedi nel giudizio di fallimento. Parmi però di aver dimostrato nel precedente capitolo come questo pareggiamento sia un errore. Ma, ammesso pure il richiamo dei principii della procedura civile unicamente quale criterio di analogia, è facile avvertire come nemmeno questo cri-

(1) Corte di cassazione di Roma, 8 giugno 1876, Ciani c. Innamorati (*Annali* x, I, 428).

terio analogico regga. Perchè la sentenza contumaciale suppone sempre un regolare giudizio di cognizione; e il contumace, che può opporsi alla sentenza emessa senza la sua difesa, ma però dietro sua regolare citazione, sebbene incompleta, come può fare il più, può fare il meno, e, cioè, rinunciare a rinnovare il dibattito in prima sede, per ricorrere senz'altro in secondo grado. Qui non si passa da un giudizio non contenzioso ad un giudizio contenzioso. Nè la parte che provocò la sentenza di primo grado, può querelarsi della scelta fatta dall'avversario, se essa era in condizione di ottenere dal primo giudice una pronuncia, non solo conforme all'assunto sostenuto, ma corrispondente alla precisa e completa esposizione dei fatti, e alle norme di legge che regolano la contestazione. — Vi ha ancora di più. L'opposizione può farsi anche da chi non fu in causa, per esempio, da un qualunque interessato. Ora, i principii stessi della procedura ordinaria escludono che chi non fu parte in giudizio possa per la prima volta presentarsi in sede di appello. E tale sarebbe il caso, se si accordasse il diritto di appellare senza la previa opposizione, dovendo la concessione estendersi così al fallito come a qualunque interessato (1).

Ma se questi argomenti d'indole generale possono lasciare tuttavia indecisi sull'opinione da seguire, il testo della legge positiva è tale da radicare, per sè solo, il convincimento sicuro sulla bontà dell'avviso che qui si propugna.

L'art. 693 dice precisamente che il fallito od ogni altro interessato ha diritto di fare *opposizione* alla sentenza dichiarativa del fallimento. Accenna quindi al solo rimedio dell'opposizione. Non dice, è vero, che ha *obbligo* di fare opposizione; ma è evidente che la voce *diritto* è adoperata in luogo di *facoltà*, la quale non include affatto il concetto, che non usando di essa, si possa profittare della facoltà del tutto diversa dell'appellazione. — Non è invece esatto l'altro argomento che si vorrebbe desumere dalla circostanza che, mentre l'opposizione ha un punto di decorrenza fisso (l'affissione della sentenza alla porta esterna del tribunale), l'appellazione non lo avrebbe, mancando la notificazione della sentenza appellata. Infatti, non comprendo perchè l'affissione, che pure serve di punto di partenza per l'opposizione, non possa esserlo anche per l'appello. Tanto più che, ad esempio, per l'appellazione dalla sentenza che concede la moratoria, il termine dell'appello decorre appunto, non già dalla notificazione ai singoli creditori, che non è imposta, ma dalle pubblicazioni ed inserzioni indicate all'articolo 912. — Io mi fermerei invece a considerare i termini stabiliti per spiegare i due rimedi dell'opposizione e dell'appello. E rilevando come ogni interessato abbia per fare l'opposizione trenta giorni; termine precisamente identico a quello per appellare dalle sentenze dei tribunali di commercio (art. 485, n. 1 Cod. proc. civ.), desumerei altro argomento per dimostrare la necessità dell'uso successivo dei due rimedi, non potendosi credere che per spiegare due reclami così diversi, il legislatore abbia stabilito un termine unico. Se la decorrenza del termine per l'uso facoltativo di due rimedi è simultaneo (art. 467 Cod. proc. civ.), il termine per l'uno e per l'altro deve razionalmente essere diverso.

Del pari, l'art. 706 parla in modo esclusivo di *opposizione* alla sentenza che determina provvisoriamente ad un tempo ante-

(1) LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de dr. comm.*, II, n. 2625: " Se i creditori ed altri interessati hanno fatta opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, e se questa opposizione è stata rigettata, potranno senza difficoltà appellare dalla sentenza che l'avrà respinta... Se non fecero opposizione, noi neghiamo ad essi il diritto dell'appellazione „. E al n. 2621: " Il diritto d'interporre appello appartiene a tutti coloro che furono parti in causa, e soltanto ad essi „.

riore la data della cessazione dei pagamenti. Impone che l'opposizione sia notificata entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, e sia discussa dinanzi al tribunale nella stessa udienza in cui sono portate tutte le contestazioni sulla verifica dei crediti per essere decisa insieme ad esse con una sola sentenza. Il precetto della legge è così chiaro da escludere ogni dubbio sul divieto di appellare dall'accennata sentenza prima di averla opposta. Disse egregiamente in proposito la Corte d'appello di Venezia (1): " L'articolo 706 parla dell'appello solo relativamente alla sentenza proferita sull'opposizione a quella che retrotrae la data della cessazione dei pagamenti, ma non accenna punto alla facoltà di appellare contro la sentenza stessa di retrotrazione. Anzi, sotto due riguardi, un tale appello è implicitamente dalla legge escluso. E di vero, in primo luogo, l'articolo prescrive che la causa contro la sentenza di retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti sia portata alla stessa udienza del tribunale in cui devono discutersi le cause relative ai crediti contestati, per essere quella e queste decise con una sola sentenza; locchè non potrebbe verificarsi, se la sentenza di retrotrazione venisse appellata. In secondo luogo, prescrivendo lo stesso articolo che, trascorso il termine dell'opposizione, cioè quello brevissimo di otto giorni dalla chiusura del verbale di verifica dei crediti, la data della cessazione dei pagamenti rimane irrevocabilmente determinata, ne consegue che chi non approfitta dell'opposizione entro i detti otto giorni, non possa più approfittare del maggior termine dell'appello, perchè il passaggio infruttuoso di quegli otto giorni avrebbe già stabilita irrevocabilmente la data della cessazione dei pagamenti „.

Resta ora a dire delle sentenze contemplate agli art. 816 e 836. Per esse, come già dissi in principio di questo capitolo, deve adottarsi un'argomentazione affatto diversa da quella fin qui seguita, avuto riguardo all'indole peculiare di quelle pronuncie.

Nel caso, infatti, in cui il tribunale rifiuti al debitore la cancellazione del nome dall'albo dei falliti (art. 816), la legge non parla di opposizione alla sentenza che è emessa in Camera di consiglio. In tal caso quindi vale la norma, formulata in termini generali all'art. 913, ed il fallito potrà usare o dell'opposizione o dell'appello. Se usa della opposizione, dovrà citare tutti i creditori dinanzi il tribunale per ottenere col loro contraddittorio quanto il tribunale ha rifiutato in Camera di consiglio. Se usa dell'appellazione, ricorrerà senz'altro alla Camera di consiglio della Corte d'appello. Nè mi si appunti di contraddizione per la soluzione che dò al caso in esame. Giacchè qui non si tratta di passare dalla sede non contenziosa alla contenziosa; non di citare per la prima volta un contraddittore in appello; mentre i creditori non hanno alcun interesse nella pronuncia che si provoca. È la società interessata a che persona immeritevole di fiducia non riacquisti quella maggior estimazione che è conseguente alla cancellazione del nome dall'albo dei falliti. Anzi, a dir tutto il mio pensiero, credo uno sproposito del legislatore l'aver ammesso l'opposizione e l'appello in questo caso. L'appellazione alla Camera di consiglio della Corte è il rimedio più pronto, meno dispendioso, e perfettamente tranquillante. E sarà certo quello che in pratica si seguirà dai falliti.

Per ciò che riflette, infine, l'art. 836, qui, come s'è detto, non si tratta di opposizione ad una sentenza, ma di protesta contro il concordato, diretta ad impedirne l'omologazione da parte del tribunale. E si capisce che non può parlarsi di uso alternativo di opposizione e di appello, perchè non esiste sentenza da denunciare alla Corte; e perchè l'opposizione di cui l'articolo si occupa,

(1) Decisione 1° luglio 1886, Carraro c. Fallimento De Martini (*Temi Veneta*, XI, 364).

tende unicamente ad ottenere che, in luogo d'una sentenza di omologazione emessa in Camera di consiglio, si emetta una sentenza in contraddittorio delle parti interessate, tanto sull'opposizione che sulla omologazione, sentenza che poi potrà impugnarsi col rimedio dell'appello.

Siccome poi una giurisprudenza autorevole (1) ammette, per implicito necessario, l'appellabilità anche della sentenza contemplata all'art. 839 nella parte in cui accorda o nega al fallito la cancellazione del nome dall'albo dei falliti e la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento anche rispetto al procedimento penale — è chiaro che se l'omologazione del concordato avrà avuto luogo in Camera di consiglio, l'appellazione anche da questa parte della sentenza si produrrà alla Camera di consiglio della Corte; che se invece, in base all'opposizione al concordato, sarà uscita una sentenza di omologazione o di rifiuto all'omologazione in contraddittorio degli interessati, l'appello dovrà essere proposto con le forme del giudizio contenzioso.

La questione pertanto che si fa sull'uso alternativo o successivo dell'opposizione e dell'appello si restringe ai soli casi contemplati dagli articoli 693 e 706. E parmi aver dimostrata la bontà dell'avviso che in questi due casi l'opposizione è obbligatoria; e come, quindi, scorso il termine per l'opposizione, indicato in quelle due disposizioni di legge, la sentenza di fallimento e quella di retrotrazione della sua data passino in cosa giudicata. Nè si dica che l'articolo 913 mette nella medesima linea l'opposizione e l'appello, senza tampoco accennare all'obbligo del successivo uso di questi rimedi. La legge adoperò una dizione generica, sebbene nell'articolo medesimo vi siano sentenze suscettibili soltanto dell'appellazione (quali sono le sentenze finali degli art. 765, 807 e 822), per quella imperfetta conoscenza del linguaggio legislativo che ormai da tutti è constatato e deplorato nel vigente Codice. Ma, ad ogni modo, la formula adoperata per sancire una norma generale intorno ai reclami eccezionalmente concessi contro le sentenze emesse nel giudizio di fallimento, non può mai derogare a quanto il Codice stabilì anteriormente nelle disposizioni speciali degli art. 693 e 706.

Non isfugga finalmente quest'ultimo argomento a suffragio della tesi che qui si sostiene. L'ultimo alinea dell'art. 913 dichiara soggetto ad opposizione il provvedimento con cui il tribunale respinge la domanda di fallimento proposta da uno o più creditori, e appellabile la sentenza pronunciata su questa opposizione. Con ciò il legislatore volle sciogliere il dubbio che molestava la giurisprudenza formatasi sotto il Codice del 1865, se cioè fosse o no reclamabile il provvedimento con cui il tribunale rigetta la domanda di dichiarazione di fallimento proposta con ricorso dai creditori; e lo ha sciolto nel modo più equo. Perchè, concesso ai creditori il diritto di far aprire il fallimento anche con semplice ricorso, era opportuno che ove si insistesse nella domanda, malgrado che il ricorso fosse stato respinto, venisse a istituirsi un vero giudizio contenzioso, sì in prima, che in seconda istanza, con la più completa tutela del commerciante di cui si domanda il fallimento (2).

(1) Dell'attendibilità di questa giurisprudenza si dirà al commento dell'art. 839. Qui mi limito ad accennare che essa è professata da concordi giudicati della Corte di cassazione di Firenze e dai più recenti della Corte d'appello di Venezia, la quale pure dapprima vi si era mostrata contraria. Si cons. l'*Annuario critico della giurisprudenza comm.*, II, n. 8-11: III, n. 5-7.

(2) Una volta accolta la mia teoria che l'opposizione riflette *unicamente* determinate pronuncie della Camera di consiglio — l'ultimo alinea dello art. 913 non può dar luogo a contestazioni. La legge qualifica *provvedimento* la pronuncia del tribunale che respinge in Camera di consiglio la dichiarazione di fallimento. Però è chiaro che si tratta di una sentenza, perchè nessun altro diverso provvedimento giudiziale può emanarsi, e cioè nè una ordinanza, nè un decreto; e la voce *provvedimento*

Ora, se il legislatore sciolse il dubbio della reclamabilità di quel provvedimento, tracciò anche la via che deve seguirsi per ottenerne la riparazione: l'opposizione dapprima, l'appello dappoi. E non vi è ragione per sostenere che la soluzione data pel caso di rigetto della domanda, non sia da accogliersi anche pel caso che la domanda sia accolta. Si tratta sempre d'un provvedimento emesso in Camera di consiglio, per cui, prima di chiamare un contraddittore in appello, deve provocarsi un nuovo esame dinanzi i primi giudici in sede contenziosa (1).

32. Il procuratore *ad negotia* — a cui sieno state concesse da un commerciante, anteriormente al proprio fallimento, le più ampie facoltà — può fare opposizione pel suo mandante alla sentenza dichiarativa di fallimento?

La Corte d'appello di Venezia (2) rispose negativamente. E fondava la sua opinione sopra questo ragionamento: — per l'articolo 1757 Cod. civ. il mandato si estingue col fallimento del mandante; — la sentenza che pronuncia il fallimento è, per l'art. 913 Cod. di comm., provvisoriamente esecutiva; — dunque il mandato generale rilasciato dal fallito, estinguendosi con la pubblicazione di questa sentenza, vengono a mancare al mandatario le facoltà necessarie per fare legalmente opposizione in nome e nell'interesse del proprio mandante. — Io professo avviso diverso; e ne esporrò i motivi.

Fra le cause per le quali il mandato si estingue, l'art. 1757 del Cod. civ. accenna quella del fallimento, sia del mandante, sia del mandatario. Qual è la ragione che giustifica questa disposizione? — Si legge nel rapporto fatto al Tribunato dal Tarrible (3): " La morte civile, l'interdizione, la decozione (*déconfiture*), sia del mandante che del mandatario, devono produrre i medesimi effetti della morte. Come mai, servigi che richiedono probità, intelligenza e una responsabilità potrebbero continuare ad essere accettati o resi, quando il mandante o il mandatario è stato colpito da morte o ha perduto l'uso della ragione, o quando il disordine dei loro affari ha ingoiata la loro fortuna? *Il mandante, che ha subìto tale rovescio, non ha più affari da amministrare: quanto possiede è passato nelle mani degli eredi, dei creditori o di un tutore.* Il mandatario che si trova nella medesima condizione non merita alcuna fiducia, e tutti i legami che uniscono mandante o mandatario sono necessariamente spezzati ".

Il fallimento produce appunto questa pa-

è usata nel significato generico di pronuncia giudiziale. Comunque sia, deve essere un provvedimento emesso in Camera di consiglio, perchè altrimenti non sarebbe soggetto ad opposizione, ma soltanto all'appello. Se si richiamasse il tribunale in contraddittorio a riesaminare una sentenza già emessa da lui pure in contraddittorio, si sconvolgerebbero tutti i principii processuali. E si giungerebbe ad una conclusione, a cui una falsa premessa ha trascinato l'esimio MORTARA (*Commenti al Cod. di comm.*, ed. Drucker e Tedeschi, vol. VII, n. 149) e che per me è addirittura inconcepibile. Secondo questo scrittore, se la domanda di fallimento presentata dal creditore, anche col contraddittorio del debitore, fosse stata respinta, dovrebbe ripresentarsi, sempre in contraddittorio del debitore, e nella forma di opposizione. E se questa seconda volta la domanda fosse invece accolta, allora sarebbe il debitore, dichiarato fallito, che potrebbe a sua volta fare opposizione a sensi dell'art. 698! Il tribunale, *per tre volte consecutive*, e sempre in sede contenziosa, riesaminerebbe la identica questione! Certo, compresa in questo modo, l'opposizione diviene un ibridismo processuale che la più ingegnosa dottrina non riesce a presentare sotto aspetto scientifico corretto. Rimane solo a vedersi se, esposta a quel modo, ed offrendo tali risultati, possa ritenersi colta nel suo vero aspetto.

(1) Accedo così all'opinione dell'illustre professore VIDARI (*Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4963 e seguenti), il cui insegnamento non fu certo l'ultimo movente a determinarmi ad accogliere l'avviso propugnato nel testo. Conf. CUZZERI, op. cit., n. 93.

(2) Decisione 22 luglio 1884, Padovan c. Toffoli e Sarenthein (*Foro Italiano* 1884, I, 102).

(3) Seduta del 7 marzo 1804 (LOCRÉ, *Législation civile*, ecc., VII, pag. 388, n. 24).

ralisi del mandato, per usare una frase scultorea del Borsari. Ma, si badi: paralisi in relazione agli interessi patrimoniali, perchè il mandante che ha subìto il rovescio della propria fortuna, non ha più affari da amministrare. Ciò che possiede è divenuto il pegno legale dei suoi creditori. Tale è l'effetto immediato della sentenza che pronuncia il fallimento. Ma, all'infuori di questi interessi patrimoniali, dei quali il fallito perde l'amministrazione (art. 699 Cod. comm.), esso ha pure dei diritti strettamente personali da tutelare, e questi diritti rimangono in lui integri. Egli può essere marito e padre; e nessuna legge gli confisca le facoltà che emanano da questa sua condizione giuridica. Ma più ancora dei diritti che esercita sui terzi, il fallito ha interesse di tutelare sè stesso, e quindi quella capacità personale che è colpita da una *capitis diminutio* dalla sentenza dichiarativa di fallimento. Ora, come mai dal fatto che l'amministrazione dei beni è sottratta al fallito e per conseguenza è cessato il mandato che a quei beni si riferiva, può concludersi che rimane anche distrutto quanto riflette la persona del fallito, i suoi interessi personali, affatto estranei a quell'amministrazione? — E se il fallimento non distrugge queste facoltà nel fallito, se, malgrado quella pronuncia, egli le conserva intatte, e, tra queste, essenzialissima quella di opporsi alla sentenza dichiarativa di fallimento, come può ritenersi che in questa parte il mandato non rimanga tuttavia produttivo dei suoi effetti giuridici? — In altri termini: si comprende che le facoltà che il fallito ha perdute non possano esistere nel mandatario, perchè *nemo plus juris transferre potest quam ipse habeat.* Ma le facoltà che sono rimaste integre nel fallito, devono rimanere integre nel mandatario. La paralisi ha risparmiato questa parte dell'organismo giuridico. E il fatto che il fallito potrebbe rilasciare un nuovo mandato per abilitare il mandatario a fare opposizione in nome suo, persuade che la sua capacità è rimasta per questo riguardo intatta. Cosicchè, l'impedire al procuratore di fare opposizione, equivarrebbe disconoscere la capacità nel fallito di farla, contro l'espresso tenore della legge.

Tutti gli scrittori, più o meno esplicitamente, giustificano la disposizione in esame, appunto adducendo a motivo la necessità economica che il patrimonio sia libero e non imbarazzato da amministrazioni estranee (1), subentrando al mandante, verso cui soltanto il mandatario è obbligato, l'azione del curatore (2). Il mandato, pertanto, cessa in relazione e ristrettivamente alle incapacità che colpiscono il fallito. Subisce le conseguenze della mutazione di stato che il fallimento trae seco. Oltre no. Se quindi taluna facoltà è rimasta nel fallito, rimane nel mandatario, perchè per essa il mandato non è distrutto. Il vincolo giuridico che univa mandante e mandatario è spezzato unicamente riguardo a quella parte di capacità che è soppressa, siccome *capitis diminutio*, nel mandante.

Infine, alle ragioni rigorosamente giuridiche si associano altre d'interesse economico, pur così rilevanti nella trattazione di argomenti di diritto commerciale. — Il commerciante è partito per lungo viaggio. Ha lasciato però un institore coi più illimitati poteri. Si profitta dell'assenza del principale per chiederne il fallimento; oppure lo provoca una crisi momentanea, un imbarazzo finanziario, causato forse dalla sua lontananza. E si pretenderebbe che il rappresentante non potesse, nel breve termine di otto giorni concesso dalla legge, fare opposizione alla pronuncia dichiarativa di fallimento, a tutela delle ragioni di un assente, potendosi perfino ignorare il luogo in cui momentaneamente si trova, avuto

(1) BORSARI, *Commento al Cod. civ.*, § 3898.

(2) RICCI, *Corso teorico pratico*, ecc. IX, n. 99.

riguardo all' espansione cosmopolita dei moderni commerci?

Questa mia opinione, esposta nella *Temi Veneta* (1) in forma di nota critica all'accennata sentenza della Corte d'appello di Venezia, ottenne il suffragio autorevole della Corte suprema di Firenze (2), la quale cassava la sentenza medesima. E la motivazione sostanziale della decisione suprema è la seguente: " L'art. 693 del Cod. di comm., che accorda al fallito il diritto di fare opposizione, non prescrive che debba esercitarlo personalmente e direttamente, e non impedisce che possa farlo per mezzo di mandatari, sia generali, sia speciali; e se l'art. 1757 Cod. civ., fra le diverse maniere colle quali si estingue il mandato, accenna il fallimento del mandante, questo deve intendersi in correlazione agli effetti che il fallimento per legge produce; e poichè la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data di pieno diritto il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, ma non gli toglie l'*esercizio delle azioni che riguardano i suoi diritti strettamente personali* o estranei al fallimento (art. 699 Cod. di commercio) — così un mandato generale per tutti gli affari del mandante, nel caso di suo fallimento, si estinguerà per quanto riguarda gli interessi patrimoniali, dei quali il fallito ha perduto l'amministrazione, ma deve rimanere produttivo dei suoi effetti giuridici per tutte le altre azioni che il fallito conserva integre in quanto riflettono i suoi diritti personali, e fra questi certamente la difesa della sua capacità, colpita dalla sentenza dichiarativa del fallimento, per mezzo della opposizione ".

33. Una volta che la sentenza dichiarativa di fallimento sia stata pubblicata ed inserita nei modi prescritti dall'art. 912, si suppone che tutti gli interessati ne abbiano avuta notizia. Il termine di otto o di trenta giorni, a seconda che si tratti del fallito o di ogni altro interessato, è, come s'è detto, perentorio ed improrogabile; cosicchè, passato quel termine senza reclamo, si ammette che esista l'acquiescenza di tutti gli interessati alla sentenza dichiarativa di fallimento. Su ciò non può esistere divergenza di opinioni.

L'opposizione si spiega a mezzo di citazione, che deve contenerne i motivi (art. 478 Cod. proc. civ.). Qui, per ciò che si attiene strettamente al rito giudiziario, trovano normale applicazione le disposizioni del Codice di procedura civile, che riflettono l'opposizione contumaciale.

Il legittimo contraddittore nel giudizio di opposizione è il curatore. Di fronte alla chiara disposizione di legge in proposito (art. 693, ult. al., così del Codice vigente come del Codice abrogato), pérdono ogni valore per noi tutte le questioni che si fanno in Francia per stabilire se l'opposizione possa validamente spiegarsi contro il solo creditore che ha provocato la dichiarazione di fallimento, o se, quanto meno, oltre ai sindaci, debbano figurare quali contraddittori altre persone. La legge nostra non distingue il caso che il fallimento sia pronunciato d'ufficio, o dietro dichiarazione del fallito, o dietro istanza dei creditori. Essa dice genericamente che il giudizio di opposizione è promosso in confronto del curatore. Malgrado però questa dizione, io ritengo che se il fallimento fu pronunciato dietro ricorso di uno o più creditori, essi pure devono figurare quali parti nel giudizio di opposizione. È evidente l'interesse diretto dei promoventi il fallimento, a sostenere nella sede di opposizione la pronuncia da essi medesimi provocata. Essi, d'altra parte, figurano nella qualità di parti nella sentenza che si impugna con l'oppo-

(1) *Temi Veneta* 1884, p. 438.

(2) *Temi Veneta* 1886, p. 121. Dell'avviso della Corte d'appello di Venezia si è pronunciato tuttavia il VIDARI (*Corso di dir. comm.*, VIII, n. 4366), adducendo però il solo motivo che il fallimento fa cessare ogni specie di mandato.

sizione; e le conseguenze stesse, a cui possono sottostare nel caso che la sentenza di fallimento sia revocata, persuadono della necessità della loro citazione in questo giudizio (1).

Invece non credo che il fallito debba figurarvi nel caso che l'opposizione si spieghi da un terzo interessato; perchè, dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, tutte le azioni competenti al fallito, che non riguardino diritti a lui strettamente personali od estranei al fallimento, si esercitano dal curatore e si promuovono o proseguono contro di lui (articolo 699). Se il fallito voleva sottrarsi alle conseguenze personali e patrimoniali del fallimento, doveva fare opposizione. Non la fece; dunque deve sottostare a quelle restrizioni che la legge fa dipendere dal fallimento; nè può pretendere di interloquire a tutela di un diritto proprio, se si è già, da parte sua, acquietato alla sua lesione. Il tribunale potrà però ordinare o permettere l'intervento del fallito, specialmente se vi sia collisione di interessi tra esso ed il curatore. Ed anzi non gli potrà rifiutare il diritto d'intervento ove si tratti di fallimento che implichi dolo o colpa (art. 699, ult. al.).

Se nel giorno stabilito per l'opposizione l'opponente non comparisca, l'autorità giudiziaria, sull'istanza dell'altra parte regolarmente comparsa, rigetta l'opposizione (articolo 489 Cod. proc. civ.). E se in questo caso qualche interessato fosse intervenuto all'udienza per far adesione all'opposizione (art. 479 Cod. proc. civ.), l'adesione diverrebbe inaccoglibile, non solo perchè manca l'opposizione principale (2), ma perchè l'opposizione adesiva, non essendo stata proposta nel termine perentorio e nelle forme volute dalla legge, è, per sè sola, inammissibile.

La sentenza che si emette in sede di opposizione ha effetto in confronto di tutti gli interessati; giacchè il curatore rappresenta quella collettività di interessi, che è inclusa nella procedura di fallimento (3).

34. La sentenza dichiarativa di fallimento constata questi tre fatti, che costituiscono gli elementi giuridici del fallimento: — 1° che il debitore è commerciante; — 2° che ha cessato di fare i suoi pagamenti; — 3° che la cessazione si riferisce alle obbligazioni d'indole commerciale. Chi si oppone adunque ad una sentenza dichiarativa di fallimento deve escludere la ricorrenza di almeno uno di questi elementi; oppure dimostrare l'incompetenza del tribunale che ha pronunciato il fallimento.

Il tribunale ha constatato i fatti quali esistevano al momento della pronuncia di fallimento; ed in base ad essi dichiarò il fallimento. Ciò posto, potrà l'opponente addurre fatti avvenuti posteriormente, i quali abbiano mutata la condizione economica del fallito e i rapporti giuridici tra esso e i suoi creditori, all'effetto di ottenere la revoca della sentenza di fallimento? E, più specificatamente, e quale corollario della accennata tesi: potranno addursi, in sede di opposizione, patti interceduti fra il fallito e i suoi creditori, dopo la dichiarazione di fallimento, in base ai quali, o i creditori sono stati disinteressati interamente, o hanno concesse dilazioni al pagamento, o hanno rimesso parte del credito, o furono pagati da un terzo, il quale, surrogando i creditori del fallito ormai disinteressati, ha aderito alla revoca del fallimento?

Chi sostiene l'opinione più rigida, e cioè che dei fatti posteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento non debba tenersi calcolo nella sede di opposizione, così ragiona. Il fallimento è uno stato di fatto che risulta dalla cessazione dei pagamenti; la sentenza dichiarativa constata questa condizione di fatto, e serve di punto di partenza per la

(1) Contra: Vidari, op. cit., n. 4368; favorevole, invece, il Cuzzeri, op. cit., n. 97.

(2) Conforme: Cuzzeri, op. cit., n. 96.

(3) Vidari, op. cit., 4366.

procedura che termina o col concordato, o per la mancanza di attivo da dividere. Se dunque i giudici, in sede di opposizione, constatano che ricorrevano, al momento in cui la sentenza fu pronunciata, gli estremi necessari per dichiarare il fallimento, non possono riformare una pronuncia che fu bene emessa, perchè basata sulla reale esistenza dei fatti all'epoca della sua prolazione. — Che se il commerciante non è più in istato di cessazione dei pagamenti, non consegue da ciò che non fosse in tale stato allorchè fu legittimamente dichiarato fallito. — E a chi obbietta che non esistendo più creditori, o dichiarandosi questi soddisfatti anche con la concessione d'una remora pel pagamento, mancherebbe perfino la materia per una procedura di fallimento, si risponde: che la legge sul fallimento è d'ordine pubblico; che la sua applicazione rigorosa interessa non solamente il fallito e i suoi creditori, ma il commercio intero e la stessa società. I creditori possono tralasciare di valersi dei diritti che la legge loro attribuisce, ma non possono arrestare, vuoi con la loro formale adesione, vuoi colla loro inazione, vuoi in qualsiasi altro modo, l'applicazione d'una legge che interessa l'ordine pubblico. — E poi, dacchè il commerciante fallito ha disinteressati i creditori procedenti o conosciuti, vi ha certezza che non ne esistano altri? Il concetto di una procedura collettiva nell'interesse di tutti i creditori non è d'ostacolo a riconoscere la validità di codesti accordi che possono lasciar fuori anche un solo creditore non per anco avvertito, o che non ebbe tempo di farsi conoscere, ma che perciò non ha minor diritto di valersi della sentenza dichiarativa del fallimento? — Ed infine, chi scongiura gli abusi che possono verificarsi negli accordi stragiudiziali coi singoli creditori per ottenerne l'adesione alla revoca del fallimento, se la legge, appunto per evitare questi abusi, introdusse il concordato? (1).

Sono favorevoli a questo avviso le poche decisioni emesse dalla magistratura italiana sull'argomento. La Corte d'appello di Venezia (2) in proposito così si esprimeva: " Se il fallimento fu giustamente dichiarato, e se l'applicazione della legge relativa interessa, non si voglia pure l'ordine pubblico, certo però l'intero commercio e la società, oltrechè il fallito ed i creditori, non può esser concesso a questi di distruggere a loro piacimento gli effetti e revocare il fallimento per ciò solo che posteriormente alla dichiarazione giudiziale, siasi addivenuto ad un concordio privato..... L'art. 693 Codice di commercio concede bensì al fallito, ai creditori ed altri interessati, di fare opposizione o di appellare la sentenza dichiarativa di fallimento ad oggetto di ottenerne la nullità o la revoca, dimostrando che venne illegalmente o senza motivo giuridico pronunciata, sia per non essere il fallito commerciante, sia per non trattarsi di un effettiva cessazione di pagamenti, estremo questo che costituisce lo stato di fallimento, ovvero ad effetto di far mutare la data di detta cessazione; — ma non già per conseguire l'annullamento o la revoca di una sentenza emanata in condizioni di fatto che la giustificavano pienamente, dovendosi guardare allo stato già acquisito al giorno in cui fu pronunciata, e non a quello del giorno in cui si fa l'opposizione o si interpone l'appello ".

La Corte di cassazione di Napoli, tenendo

(1) Aderiscono a questo avviso: BEUDANT, in una nota pubblicata nel *Recueil* del DALLOZ 1869, II, 73; LYON-CAEN e RENAULT, *Précis de dr. comm.* 2, n. 2626; VIDARI, op. cit., n. 4969. Non accenno, anche in questo caso, che i principali scrittori. Ometto quelli che si limitano a riprodurre le opinioni altrui. La moltiplicità di citazioni bibliografiche, lo dico una volta per sempre, mi paiono pura ostentazione di una erudizione a buon mercato, ma di poca o nessuna utilità per lo studioso.

(2) Decisione 18 luglio 1880, Ostani c. Gentili (*Temi Veneta* 1880, p. 415). In questa pronuncia sono citate le più importanti decisioni e i principali autori di Francia e d'Italia, così favorevoli che contrari alla soluzione accolta.

ferma una decisione della Corte d'appello di Catanzaro, affermava l'identica dottrina (1), motivando: " Pronunciata una volta legalmente la dichiarazione di fallimento, deve andarsi a fondo. I creditori, se vogliono porre in salvo i loro diritti, devono seguirne la procedura. Il fallito, se vuole da sè respingerne gli effetti, deve far ricorso alla riabilitazione ".

Infine la Corte di cassazione di Torino (2) sentenziava che nel giudizio di opposizione istituito dal fallito contro la sentenza dichiarativa del fallimento devesi considerare la condizione sua al tempo in cui il fallimento è stato dichiarato, e non può tenersi conto dei cambiamenti sopravvenuti (3).

Ma in Francia, nella giurisprudenza e nella dottrina, prevale l'avviso contrario. E così si argomenta. — È vero, la cessazione dei pagamenti è un fatto che esiste indipendentemente dalla sentenza che lo dichiara; ma questo fatto può svanire, dopo la sentenza dichiarativa; e il giudice, in sede di opposizione, deve tener conto dello *stato di cose attuale*, perchè l'effetto dell'opposizione è appunto di rimettere in questione ciò che provvisoriamente è stato sentenziato. Bisogna ripetere qui quanto dicono gli autori in materia di risoluzione di vendita per difetto di pagamento del prezzo. La sentenza, che ha pronunciato la risoluzione, deve ripararsi in seguito all'opposizione o all'appello, se, dopo questa sentenza, il prezzo è stato pagato (4). — D'altra parte, sarebbe un rigore eccessivo rigettare l'opposizione per mantenere un fallimento che non ha più scopo (5). Esisterebbe uno stato di cose immaginario: non essendovi più nè massa da rappresentare, nè passivo da verificare, nè debiti da estinguere (6).

Ritengo più corretta la prima opinione. La dottrina e la giurisprudenza francese si inspirano ad un sentimento umanitario più che al rigore del diritto. Io non dirò (7) che se il fatto della cessazione dei pagamenti all'epoca della sentenza di fallimento non è negato; se perciò lo stato di fallimento non può sparire retroattivamente; tutte le pratiche che il fallito ha fatto dopo quell'epoca per disinteressare i suoi creditori, tutte le convenzioni che poterono passare tra essi, all'infuori della procedura prescritta dalla legge, non sono che violazioni di questa medesima legge, le cui disposizioni in proposito sono di ordine pubblico. Senza spingermi tanto oltre, riconosco però il pericolo gravissimo di questi patti, e quindi, anche in vista di impedirli, credo debba rigidamente accogliersi la dottrina per cui il giudizio di opposizione deve vertire sullo stato di cose esistenti al momento della dichiarazione di fallimento. E tanto più la soluzione deve accogliersi sotto il vigore del nuovo Codice, che ad ogni giudizio di fallimento associa l'iniziativa d'una procedura penale a carico del fallito, procedura le cui sorti non possono certo farsi dipendere dall'esclusivo accordo del fallito coi suoi creditori, senza

(1) Decisione 10 settembre 1877, Primicerio c. Primicerio (*Ann.*, XII, I, 46). In questa decisione è ripetuta anche parte della motivazione della sentenza confermata, 11 giugno 1877, dell'Appello di Catanzaro.

(2) Decisione 13 dicembre 1882, Rambaudi c. Rambaudi (*La Giurisprudenza*, XX, 202).

(3) La Corte di appello di Milano, invece, con la più recente sentenza 30 settembre 1885, Mazzola c. Rosina (*Annuario critico della giurispr. it.*, III, n. 139) ammise che se i creditori si dichiarano disinteressati e paghi della garanzia ipotecaria data loro dal fallito, può revocarsi la sentenza dichiarativa di fallimento, avendo i creditori manifestato " l'unanime loro consenso che ogni benevolo riguardo sia usato al loro debitore ".

(4) Corte di cassazione di Parigi, 23 novembre 1881, preceduta dalla relazione dell' estensore della sentenza, cons. BLONDEL (*Journal des faillites*, 1882, p. 10).

(5) BÉDARRIDE, *Traité des faillites*, III, n. 1182; BOISTEL, op. cit., n. 904; ALAUZET, *Droit comm.*, VI, n. 2847.

(6) Corte d'appello di Rouen, 7 giugno 1878.

(7) È l'opinione espressa dall'egregio GENETS, valente direttore del *Journal des faillites* (1882, p. 14).

alcun controllo da parte del magistrato. Se i creditori disinteressati non si presenteranno nella procedura di fallimento, le operazioni di questo, necessariamente, dovranno cessare. Ma, in tal caso, il fallito non avrà alcun vantaggio, perchè il fallimento rimarrà; la condizione di fallito non potrà essere cancellata se non colla prova del soddisfacimento completo di tutti i creditori (articolo 816), così e come il fallito avrebbe potuto ottenere il medesimo scopo a mezzo d'un concordato associato ai beneficii che il tribunale, omologandolo, può concedere a sensi dell'articolo 839.

Art. 694.

Appena pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento il procuratore del Re deve promuovere in tutti i casi gli atti d'istruttoria necessari a conoscere, se vi sia materia di procedimento penale.

A tal fine il presidente del tribunale di commercio deve trasmettere entro ventiquattro ore al procuratore del Re copia della sentenza, con tutte le altre informazioni e notizie che pervennero al tribunale.

Art. 695.

Il tribunale di commercio è investito delle funzioni di polizia giudiziaria per ordinare, contemporaneamente alla sentenza dichiarativa del fallimento o successivamente in qualunque stato della procedura, la cattura del fallito contro del quale sorgano sufficienti indizi di penale responsabilità, specialmente nei casi di latitanza o di non giustificata mancanza di deposito del bilancio o dei libri di commercio, ed anche la cattura degli altri complici o colpevoli dei reati preveduti nel titolo VIII di questo libro.

L'ordinanza dev' essere immediatamente trasmessa al procuratore del Re, a cura del quale deve eseguirsi l'arresto.

Art. 696.

La procedura di fallimento innanzi alla giurisdizione commerciale, e l'istruzione o il procedimento penale, hanno corso con piena reciproca indipendenza e senza interruzione, salve le disposizioni dell'art. 839 e del primo capoverso dell'art. 861.

Il giudice istruttore può assumere dal tribunale di commercio, dal giudice delegato, dal curatore o dai membri della delegazione di sorveglianza ogni informazione o notizia di cui abbia bisogno; può altresì prendere ispezione o richiedere copie od estratti degli atti della procedura di fallimento e dei libri e delle carte del fallito, ma non può rimuoverli dalla cancelleria del tribunale suddetto.

Compiuta l'istruttoria, la deliberazione di rinvio degli imputati al pubblico giudizio o la dichiarazione di non farsi luogo a procedimento deve in ogni caso essere pronunciata dalla Camera di consiglio o dalla Sezione d'accusa.

La decisione definitiva della giustizia penale dev'essere annotata in margine della sentenza che ha dichiarato il fallimento e pubblicata come questa.

Art. 697.

Il nome e il cognome del fallito è scritto in un albo affisso nella sala del tribunale che dichiarò il fallimento, e nelle sale delle borse di commercio.

Coloro, il nome dei quali è scritto nell'albo, non possono entrare nei locali della borsa. Questa disposizione deve essere scritta nell'albo.

Art. 698.

Sino a che non sia chiusa la procedura di fallimento, il fallito non può allontanarsi dal suo domicilio senza un permesso del giudice delegato, e deve presentarsi al giudice stesso qualunque volta è chiamato. Ma se il giudice riconosca che il fallito abbia giusti motivi d'impedimento a presentarsi in persona, può autorizzarlo a comparire per mezzo di mandatario.

Sommario.

35. *Perchè si promove obbligatoriamente il processo penale — Osservazioni critiche.*
36. *Funzioni giudiziarie del tribunale di commercio — Ordinanza di cattura irreclamabile in sede civile.*
37. *L'arresto deve però essere legittimato dalla Camera di consiglio in sede correzionale.*
38. *Indipendenza della procedura civile di fallimento dalla procedura penale — Quale ne sia il fondamento — Indipendenza processuale ed indipendenza intrinseca o di criteri direttivi.*
39. *Prescrizioni del Codice di commercio riguardo all'istruttoria penale — Facoltà del P. M. di procedere, in ogni caso, per il reato di bancarotta indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento.*
40. *Le due procedure non si interrompono, quale sia la condizione dell'istruttoria di una di esse.*
41. *Il concordato può effettuarsi anche se si tratta di bancarotta fraudolenta.*
42. *Documenti che rimangono nella cancelleria del tribunale di commercio.*
43. *Lettere indirizzate al fallito detenuto.*
44. *Indipendenza di criteri dei due giudizi.*
45. *In che le deliberazioni del giudice civile influiscano sul penale — Dei benefici associati alla sentenza di omologazione del concordato — Loro estensione ed effetti.*
46. *Della cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti — Quando possa ordinarsi.*

47. *Deliberazione obbligatoria della Camera di consiglio o della Sezione d'accusa.*
48. *Delle incapacità personali del fallito — Iscrizione del suo nome e cognome nell'albo dei falliti.*
49. *Esercizio del commercio da parte del fallito durante lo stato di fallimento.*
50. *Restrizione alla libertà personale conseguente alla permanenza nel domicilio.*

35. Molto si è discusso, e con discordi pareri, sulla opportunità del precetto contenuto nell'art. 694, per cui, in seguito alla sentenza dichiarativa del fallimento, il procuratore del re è obbligato ad avviare la istruttoria in confronto del fallito per conoscere se vi è materia di procedimento penale. E di questo precetto si esagerarono dall'una e dall'altra parte i vantaggi ed i danni.

I suoi fautori dissero (1): — che questa è una sanzione di moralità e di tutela del commercio, giacchè il fallimento perturba l'ordine sociale, e quindi è doverosa l'investigazione per rassicurare il pubblico, dichiarando se vi fu reato oppure no; — che l'iniziativa di questa investigazione non può rimettersi al libito dei creditori, i quali, o si spaventano per la responsabilità che assumono colla querela penale, o temono le spese e gl'indugi inevitabili d'una istruttoria; oppure, per la connivenza colpevole col fallito, evitano a questo una condanna, più solleciti del proprio interesse che della pubblica moralità. " Era dunque necessario, se volevasi restituire efficacia alla legge penale, ed assicurare la repressione dei reati di bancarotta, non farla dipendere dalla facile compassione e dalla ripugnanza di sindaci o creditori poco propensi ad assumere una iniziativa odiosa ed a fornire le prove dei fatti criminosi imputabili al fallito. I creditori possono bensì, se vogliono, rinunziare ai loro crediti, perdere ciò che hanno affidato al fallito, ma non può essere in loro facoltà di salvare, col loro consenso, o colla loro inazione, un fallito colpevole dalla meritata pena „.

Inoltre, la consapevolezza della necessità del procedimento penale, varrà come salutare timore contro gli abusi e le frodi, creando nell'opinione pubblica un più vivo sentimento di fiducia nella vigile azione della legge.

Di rincontro però si obbietta (2): — che è inutile e ingiusto obbligare i procuratori del re ad avviare sempre, e imprescindibilmente, un giudizio penale, se apparisce evidente e notoria la incolpabilità del fallito, elevando in tal modo contro di lui un sospetto immeritato e gravido di pericoli e di danni. Presumere la colpa, in ogni caso, è spaventare i falliti onesti e sventurati; i quali, per evitare la procedura penale, protrarranno con ogni mezzo la catastrofe. E ognuno sa quanto nuocciano ai creditori questi tentativi quasi sempre infruttiferi.

A me sembra, che la nuova disposizione non meriti i grandi elogi che in prevenzione le si tributarono, ma nemmeno sia tale da eccitare una legittima preoccupazione sui suoi effetti. Costringere il procuratore del re a promuovere sistematicamente l'azione penale, solo perchè fu dichiarato il fallimento, anche se non risultino fatti di dolo o di colpa, è accrescere, senza scopo, le istruttorie chiuse con deliberazione di non farsi luogo a procedimento (3). In tal modo, se mai, si fa perdere alla misura anche quella efficacia preventiva che potrebbe avere; giacchè l'obbligatorietà dell'apertura di un giudizio penale, in ogni caso, fa cal-

(1) Si veggano i Verbali della Commissione compilatrice, n. 769; e la Relazione alla Camera dei deputati, n. LXXXIX.

(2) VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, VIII, n. 4386; e nell'*Archivio Giuridico*, XIII, p. 6 e seg.

(3) CASORATI, *Il reato di bancarotta e il nuovo Codice di commercio*, nel volume XVII, fascicoli 1-2, della *Rivista penale*.

colare questo giudizio quale una semplice formalità. Gli onesti non la temono, perchè sanno che le indagini della giustizia non potranno che constatare la loro innocenza. Ma, viceversa, i bricconi, almeno fino all'esito di una definitiva condanna, potranno illudere sè e gli altri, attribuendo l'esistenza di un procedimento alle esigenze generiche della legge, anzichè alle peculiari circostanze del fatto.

Meglio, dunque, valeva limitarsi a dichiarare di azione pubblica la bancarotta (articolo 855), sottraendo, per tal guisa, la sua iniziativa al beneplacito dei creditori, senza bisogno di creare del fallimento una presunzione di frode o di colpa. L'esperienza di questi anni, del resto, ha dimostrato, in modo irrefragabile, che le molte procedure di bancarotta, che ingombrano i tavoli dei giudici istruttori, rallentano i procedimenti i quali dovranno approdare ad un risultato pratico, senza accrescere per questo le garanzie a tutela del credito e del commercio onesto.

36. L'art. 695 attribuisce al tribunale di commercio le funzioni di polizia giudiziaria per ordinare, contemporaneamente alla sentenza dichiarativa del fallimento, o successivamente, in qualunque stato della procedura, la cattura del fallito contro del quale insorgano sufficienti indizî di penale responsabilità. Agli organi della polizia giudiziaria, accennati all'art. 57 del Codice di procedura penale, si aggiunge quindi il tribunale di commercio per l'esercizio dell'azione penale dipendente dal fallimento. Il motivo della disposizione è evidente. Il giudice di commercio che ha dichiarato il fallimento, constata, cogli elementi che ha sotto mano, se esistano indizî di responsabilità penale. E se ritiene che, nel ritardo inevitabile della giustizia punitiva, possa soffrire nocumento l'istruttoria penale, emette l'ordinanza di cattura contro il fallito, trasmettendola al procuratore del re per la sua esecuzione.

L'opportunità di questo provvedimento, che ritrae la sua efficacia dalla rapidità di esecuzione, può sorgere anche durante la procedura. Ma, si capisce, che la sua applicazione più generale sarà per lo appunto al momento in cui è dichiarato il fallimento. Aperta l'inquisizione penale, è difficile le sfugga l'adozione di una misura che costituisce spesso la più efficace garanzia per l'esito dell'istruttoria. — È poi inerente all'indole del provvedimento che il fallito non possa pretendere di esser previamente citato (1).

La legge accenna due casi specifici nei quali il tribunale, sempre nel suo giudizio discretivo, può riconoscere l'opportunità della cattura del fallito. E sono questi: la latitanza, e la non giustificata mancanza di deposito del bilancio o dei libri di commercio. Nel primo caso, perchè il fallito, sottraendosi all'azione della giustizia, fa senz'altro sospettare della sua condotta. Nel secondo, perchè la non presentazione dei libri e del bilancio nel termine prescritto costituisce già un reato (art. 857, num. 5) e fa temere maneggi fraudolenti per attraversare l'opera della giustizia. Ben s'intende che la legge accenna *specialmente* a questi due casi; ma li accenna in via di esemplificazione. È riservato al prudente arbitrio del tribunale valutare, nei singoli casi, le circostanze che giustifichino il grave provvedimento della cattura. La quale, per espressa sanzione della legge, può estendersi anche ai complici del fallito.

Un solo criterio direttivo deve però avere il tribunale nell'esercizio di questa funzione, ed è il seguente: — esso non può ordinare la cattura del fallito se non in quanto si tratti di reati in materia di fallimento, enumerati nel titolo VIII, capo I e II di questo libro; giacchè è unicamente nei riguardi dell'azione penale riflettente questi reati che il

(1) Conf. Corte d'appello di Napoli, 15 aprile 1874, Piscione (*Annali della giur. ital.*, VIII, 2, 271).

tribunale di commercio esercita le funzioni di polizia giudiziaria. Cosicchè, supposto che al tribunale medesimo, dall'istruttoria civile del fallimento, risultino prove od indizi di responsabilità penale del fallito per reato diverso dalla bancarotta, esso dovrebbe bensì notiziarne il procuratore del re (articolo 730 Cod. comm.), ma non emettere l'ordinanza di cattura. Ciò facendo, commetterebbe, per eccesso di potere, atto illegale.

Contro l'ordinanza di cattura, il fallito non può esperire, dinanzi alla giurisdizione civile, alcun rimedio per farla revocare. Il procedimento da seguire, una volta effettuato l'arresto, è quello tracciato dall'art. 197 del Codice di procedura penale.

È solo per una reminiscenza di quanto era stato giudicato sotto il vigore del Codice del 1865, che, nei primi tempi dell'applicazione del Codice attuale, qualche sentenza ammise che il fallito potesse fare opposizione all'ordinanza di cattura. Infatti, l'art. 548 del Codice abrogato riconosceva nel tribunale di commercio la facoltà di ordinare l'arresto del fallito anche con la sentenza dichiarativa del fallimento. E questa sentenza era reclamabile, perchè non richiamata all'art. 696, in cui pur si accennavano le sentenze emesse nel giudizio di fallimento non soggette ad opposizione nè ad appello. Il Codice nuovo, invece, adotta un sistema tutto diverso. Dichiara, cioè, per massima generale, non soggette ad opposizione od appello tutte le sentenze in materia di fallimento, escludendone solo alcune che, tassativamente, enuncia nell'art. 913 (vedi i num. 30 e 31 di questo Commento). Quindi, anche supposto che l'ordinanza di cattura potesse assimilarsi ad una sentenza, resterebbe sempre fermo il principio della sua irreclamabilità, non essendo richiamata nell'articolo 913.

Nè può sostenersi che, come è soggetta a reclamo la sentenza dichiarativa di fallimento (art. 693), lo sia anche l'ordine di arresto. Giacchè ciò suppone che, pel Codice attuale, questo ordine sia contenuto nella sentenza dichiarativa del fallimento, come appunto poteva esserlo per l'art. 548 del Codice abrogato. Invece, basta leggere l'art. 695 per avvertire che l'ordine di arresto è sempre staccato dalla sentenza che dichiara il fallimento. Può essere *contemporaneo* o *successivo;* ma non contestuale. E se si tratta di atto distinto, non può applicarsi al medesimo il principio della reclamabilità, sancito per la sola sentenza dichiarativa di fallimento.

Nè si obietti, per ultimo, che se si concede un rimedio contro questa sentenza, è irrazionale ed ingiusto non concederlo contro la più grave misura dell'arresto personale.

L'obiezione, se mai, si risolverebbe in una censura della legge; ma non potrebbe farle dire quanto non dice.

Del resto, l'ordinanza di cattura, per l'indole sua e pei suoi effetti, corrisponde a un mandato di cattura.

E come questo non è reclamabile da parte dell'imputato, perchè tanto è richiesto dalla tutela sociale; altrettanto può ripetersi per l'ordinanza di cattura emessa dal tribunale di commercio. — Così anche la critica legislativa si dilegua (1).

37. Dissi già che, eseguito l'arresto, deve procedersi a termini dell'art. 197 Codice procedura penale. Intendo dire, con ciò, che l'arresto deve essere legittimato dalla Camera di consiglio, in sede correzionale. Può,

(1) Aderiscono a questo avviso: — VIDARI, op. cit., n. 4388; CUZZERI, *Il Cod. di comm. commentato*, n. 103; SUPINO nel *Diritto commerciale*, I, 253; Direzione del *Monitore dei tribunali*, XXIV, 444: Corte d'appello di Roma, 1 maggio 1883, Colasanti c. Locci (*Monitore dei tribunali*, 1884, p. 35); Tribunale di Catania, 10 luglio 1886, Buccheri, c. D'Amico (*Annuario crit.*, IV, n. 211). — Invece si è pronunciata di contrario avviso la Corte d'appello di Napoli, 16 marzo 1883, Gayotti c. Maiste (*Annuario crit. di giur. comm.*, I, n. 4).

prima facie, apparire strano che un provvedimento emesso da un collegio sia vagliato e legittimato da un altro collegio, ed in giurisdizione diversa. Ma l'apparente stranezza svanisce ove si rifletta: che il tribunale di commercio, emettendo il mandato di cattura, esercita le funzioni di organo della polizia giudiziaria, che ha bensì la *potestas capiendi*, ma non la *potestas detinendi* (1); — che la legittimazione dell'arresto ha per iscopo la difesa della libertà individuale: vuoi per constatare l'identità della persona arrestata, vuoi per controllare gli estremi del fatto, alla stregua della legge, i quali giustifichino la restrizione di quella libertà; — che, infine, l'ordinanza di cattura corrisponde al mandato di cattura, e quindi è razionale che, una volta effettuato l'arresto, si applichino le norme della procedura penale, le quali devono da quel momento avere il loro impero assoluto, non essendo l'arresto del fallito, da parte del tribunale di commercio, preordinato se non nei riguardi del giudizio penale (2).

38. Il principio enunciato nel primo alinea dell'art. 696 — che, cioè, la procedura di fallimento innanzi alla giurisdizione commerciale, e l'istruzione o il procedimento penale, hanno corso con piena, reciproca indipendenza e senza interruzione, — esprime, con una formula sintetica, la regola fondamentale accolta dal legislatore patrio per ciò che riflette i rapporti intercedenti fra il giudizio civile e quello penale in materia di fallimento. — Procurerò di dare il vero concetto di questa formula, sviscerando il pensiero legislativo, ed enumerando le conseguenze di cui è capace.

La piena indipendenza del giudizio civile di fallimento dal giudizio penale, questo significa: che le due istruttorie procedono libere, senza che gli atti dell'una inceppino quelli dell'altra, e senza che le deliberazioni d'un giudizio esercitino influenza sull'altro, all'infuori dei casi espressamente accennati dal legislatore. — Vuol dire, inoltre, che i criterî che servono di guida ad un magistrato nell'esercizio della propria giurisdizione, civile o penale, non sono influenzati per guisa alcuna dai criterî dell'altro, così e come si trattasse di due procedure che non hanno fra loro alcun legame, sebbene, in realtà, lo abbiano nel comune fatto che le provoca, e cioè la cessazione dei pagamenti del commerciante (3).

39. La indipendenza, adunque, è duplice: — formale o processuale — e intrinseca, riflettente, cioè, i criterî direttivi della rispettiva pronuncia.

Perciò che riguarda la indipendenza formale, una questione di molta importanza si eleva, ed è: se il pubblico ministero abbia

(1) PESSINA, *Opuscoli di diritto penale*, p. 186, citato anche da BORSANI e CASORATI nel *Codice di procedura penale italiano*, II, n. 794.

(2) Conforme: CARFORA, *Del reato di bancarotta*, p. 152 (Napoli, tip. Trani, 1887); — Contra: CUZZERI (op. cit., n. 103), che qualifica l'ordinanza del tribunale di commercio, un mandato di cattura *già confermato*.

La Corte d'appello di Messina (8 aprile 1883, Barrocchieri c. Costantino, *Eco di giurispr. comm.*, 1883, 236) ammise rettamente che l'arresto del fallito è ordinato dal tribunale di commercio al fine del giudizio penale; sebbene, nella sua pronuncia, abbia istituito un confronto fra l'arresto dell'art. 695 del Codice vigente e l'arresto dell'art. 548 del Codice di commercio abrogato, che non è esatto (si vegga quanto in proposito scrisse il VIDARI nell'*Annuario critico*, I, p. 44).

(3) Il VIDARI censura aspramente il sistema del Codice patrio (*Diritto commerciale*, 1887, pag. 5 e segg.). — Dichiara che non intende come la indipendenza del giudizio civile dal penale debba condurre alla conseguenza che una medesima persona sia nel medesimo tempo fallita e non fallita; e, se fallita, fallita a cominciare da giorni diversi e per avventura anche lontani l'uno dall'altro. — In secondo luogo, nota che non dovrebbe essere neanche possibile procedere per bancarotta se prima non vi fosse dichiarazione giudiziale di fallimento, non potendo essere bancarottiere se non chi è imputabile di dolo o colpa nel proprio fallimento.

facoltà di iniziare il procedimento penale, indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento.

Chi scioglie affermativamente la questione ragiona in questi termini rigorosi: — ciò che costituisce lo stato di fallimento è la cessazione dei pagamenti; la sentenza dichiarativa di fallimento non fa che constatare questo fatto. — Se, pertanto, l'azione per bancarotta è pubblica, il proc. del re è in facolta d'avviare la procedura penale ognora che riconosca esistere gli elementi di quel reato, e cioè la cessazione dei pagamenti da parte del commerciante, associata a fatti che ne dimostrino la frode o la colpa.

Ma i contraddittori obbiettano: — che, pur ammettendo che il commerciante, il quale cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali, sia in istato di fallimento (art. 683), non deve tuttavia confondersi questa *condizione di fatto*, con la *situazione giuridica* del fallimento, la quale non può sorgere se non in seguito alla sentenza che, constatato quel fatto, lo dichiari, con tutte le conseguenze che la legge fa derivare da tale dichiarazione. Cosicchè, essendo la bancarotta un reato che ha per presupposto il fallimento quale situazione giuridica, e non quale condizione di fatto, ne consegue che senza la dichiarazione di fallimento manchi uno degli elementi indispensabili a costituire il reato di bancarotta, nè possa quindi il pubblico ministero procedere per tale reato.

Quale è il sistema adottato dal Codice patrio? È precisamente quello dell'assoluta indipendenza dei due giudizi; dimodochè il procuratore del re può avviare un procedimento penale per bancarotta, semplice o fraudolenta, anche se non fu ancora dichiarato il fallimento dal tribunale di commercio. — E poichè la soluzione che accolgo non è pacifica (1), ne darò la dimostrazione:

L'art. 855, premesso che l'azione penale di bancarotta è pubblica, aggiunge che: " può promuoversi *anche prima della dichiarazione di fallimento*, quando alla cessazione dei pagamenti si associno fatti di fuga, di latitanza, di chiusura di magazzini, di trafugamento, di sottrazione o di diminuzione fraudolenta del patrimonio a danno dei creditori „. Come si rileva, la dicitura è così ampia da includere quasi tutti i casi di bancarotta fraudolenta (art. 860). Ora, per procedere per questo titolo, è sufficiente la cessazione dei pagamenti, senza che occorra la dichiarazione di fallimento. Persuadono di ciò i più gravi diritti sociali violati con questo reato, di quanto non si verifichi in alcuni casi di bancarotta semplice, nei quali pur si ammette la perseguibilità in sede penale per la sola ricorrenza della cessazione dei pagamenti (art. 856). Riconvince la natura speciale dei fatti che la legge qualifica per bancarotta fraudolenta, e che possono verificarsi così prima che dopo la dichiarazione del fallimento; ripugnando al senso morale che le distrazioni anteriori a questa dichiarazione, causa forse della catastrofe, possano andare impunite. Che se il legislatore adoperò la dicitura di *commerciante fallito*, certo volle alludere, sebbene la forma sia scorretta, allo stato del debitore fallito di mero fatto (art. 683); poichè, dove volle accennare alla condizione giuridica del commerciante *dichiarato fallito*, lo disse espressamente (articolo 857) (2).

(1) Si vegga, infatti, Cuzzeri, op. cit., n. 105.

(2) Conforme: Corte di cassazione di Firenze 5 marzo 1887 ric. Talmassons e altri (*Temi Veneta*, 1887, p. 193), che tenne ferma la sentenza della Corte d'appello di Venezia, 4 dicembre 1886 (*Temi Veneta*, 1887, p. 15). Questa seconda sentenza chiarisce il pensiero del legislatore, per cui anche il commerciante cessante nei pagamenti, e cioè fallito di mero fatto, può essere condannato per bancarotta fraudolenta. E conchiude: " Con una diversa interpretazione sfuggirebbero da sanzione penale le fraudolenti distrazioni di sostanze commesse dal commerciante in limine e in contemplazione del suo fallimento, con danno dei suoi creditori, locchè non può ammettersi senza calunniare la legge „.

Ad escludere poi che la iniziativa del giudizio penale dipenda dalla pronuncia di fallimento negli altri casi non espressamente accennati agli art. 855 e 860, valgono le disposizioni degli articoli successivi. — Giacchè, all'art. 856, dove si accennano i fatti principali di bancarotta semplice, si dichiara espressamente che è colpevole di essi il commerciante *che ha cessato di fare i suoi pagamenti*. Quindi non si esige l'estremo della dichiarazione di fallimento. — L'art. 859 dice che è colpevole della bancarotta semplice, contemplata in quella disposizione, il commerciante *anche prima della dichiarazione del fallimento*. — Che se all'art. 857 si accenna invece al commerciante *dichiarato fallito*, e quindi necessariamente si suppone la sentenza dichiarativa di fallimento, egli è perchè i delitti, di natura contravvenzionale, in quell'articolo contemplati, suppongono la violazione di doveri imposti al commerciante, i quali non sono penalmente imputabili se non in seguito alla dichiarazione di fallimento. Infatti, senza questa dichiarazione, non si può ammettere che il fallito sia colpevole di non aver fatto l'inventario annuale e di non offrire in modo regolare la sua situazione attiva e passiva (n. 1); o di non aver fatte le pubblicazioni prescritte pel contratto di matrimonio (n. 2); giacchè tutte le prescrizioni cautelari, dettate in proposito dalla legge commerciale, sono affidate alla onesta previdenza del commerciante, il quale, se non fallisce, non incorre per la loro violazione in alcuna penalità. Riguardo poi al ritardo a dichiarare il fallimento (n. 3); al non essersi presentato al giudice delegato, o all'avergli date false indicazioni (n. 4); o, infine, al non aver adempito agli obblighi assunti nel concordato (n. 5) — evidentemente, tutti questi casi hanno per necessario presupposto la dichiarazione di fallimento. — Ecco perchè la sola bancarotta dell'articolo 857 esige la sentenza civile di fallimento.

Dall'analisi, pertanto, delle disposizioni di legge sopra accennate risulta, e ad avviso mio in modo tranquillante, il pensiero del legislatore: di concedere al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale per bancarotta anche prima che sia pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento.

40. La indipendenza processuale, pertanto, dei due giudizi comincia proprio *ab origine*, e si esplica nelle loro fasi successive e fino alla loro rispettiva definizione. — In nessun caso, una pronuncia del magistrato, civile o penale, è pregiudiciale od esercita influenza qualsiasi sulle pronuncie dell'altro. E, per conseguenza, nessuna *interruzione* (come dice la legge) può soffrire l'una procedura per lo stato in cui si trovi l'altra. — Non potrebbe, perciò, l'imputato di bancarotta semplice chiedere la sospensione del giudizio penale, adducendo che pende un concordato a cui probabilmente potranno annettersi i benefici dell'articolo 839, con la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento anche rispetto al procedimento penale. Se la revoca, infatti, può modificare od escludere l'azione penale; essa però non può esercitare alcuna influenza sull'andamento di questa azione, finchè è soltanto *possibile*, ma non *attuale*.

Nè si dica che il pubblico ministero può rendere illusorio l'effetto dei benefici dell'articolo 839, accelerando il procedimento penale. Questo rilievo, che si risolverebbe sempre in una censura più o meno attendibile della legge, non può distruggere quello che è principio fondamentale nel sistema del Codice patrio, e cioè la indipendenza piena delle due procedure, commerciale e penale (1). Al più, potrà dimostrare l'interesse che ha il fallito d'avviare al più presto,

(1) Corte di cassazione di Napoli, 20 giugno 1887, ric. Fontanarosa (*Raccolta di giur. ital.*, 1887, 270); Corte di cassazione di Torino, 7 dicembre 1887, ric. Moretto (*Giurisprudenza penale*, 1888, p. 30).

con ogni diligenza, la conclusione del concordato. — Non senza notare che i benefici conseguiti potranno spiegare il loro utile effetto anche in sede di cassazione, come già riconobbe una razionale giurisprudenza (1).

41. La separazione dei due giudici, che si è dimostrato esistere nel giudicio penale dal civile, esiste del pari, ed è naturale, nella istruttoria di questo da quello. Per conseguenza: quale sia la responsabilità del fallito di fronte la legge penale, essa non è di ostacolo a che egli possa conchiudere un concordato coi suoi creditori. Nel giudizio civile di fallimento arbitra assoluta dev'essere la volontà dei creditori. Il loro interesse soltanto è in giuoco. Se essi preferiscono ad una liquidazione lunga e dispendiosa, un accordo che sopprima senz'altro il fallimento, devono essere liberi di conchiuderlo. Tanto più, se, per l'art. 1766 del Codice civile, si può persino transigere sopra un'azione civile, che provenga da un reato, senza che la transazione però (appunto come avviene nel fallimento) sia d'ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero.

Il legislatore patrio saggiamente, pertanto, escluse la restrizione, pur fatta anche da recenti leggi sul fallimento, per cui il fallito, reo di bancarotta fraudolenta, non può effettuare il concordato. Questa imposizione di una liquidazione speciale non si giustifica con alcun argomento plausibile. Quanto deve vietare il legislatore è che il concordato eserciti una influenza sull'andamento della procedura penale allorchè non si tratta di violazioni puramente attinenti all'esercizio del commercio, ma a veri reati in cui la frode dà l'impronta caratteristica all'azione delittuosa. E ciò, come si dirà più innanzi, ha fatto appunto il nostro Codice.

42. A regolare poi la indipendenza processuale dei due giudizî, vale la disposizione per cui i libri e (come dice l'art. 696 capov.) le carte del fallito devono rimanere sempre depositati nella cancelleria del tribunale di commercio, sebbene il giudice istruttore possa prenderne ispezione o richiederne copie od estratti. Misura opportuna codesta, perchè, mentre offre ad ambedue i procedimenti il sussidio dei libri e degli atti del fallimento, senza reciproco impedimento; tuttavia vincola quei documenti a quella istruttoria che più ne ha bisogno. Se, infatti, si potessero distrarre continuamente, trasportandoli dall'una all'altra sede, la liquidazione del fallimento diverrebbe persino impossibile, o, quanto meno, verrebbe a risentire gravissimi danni. La giustizia penale compie egualmente il suo ufficio, quando può esaminare con piena libertà i libri e gli atti del fallimento, e può ottenere copie ed estratti di quelle parti che possono esercitare una influenza sul giudizio penale.

Quanto si dice dell'accusa, va ripetuto per la difesa. La quale, se vorrà estendere il proprio esame anche alla procedura civile di fallimento, potrà farlo, senza però rimovere gli atti dalla cancelleria del tribunale di commercio; e potrà altresì ottenere, a sue spese, le copie e gli estratti di quei documenti che a lei appariscano tali da fornire utili mezzi di difesa. Solo nel caso che sia necessario di sottoporre gli originali all'esame del giudice penale per una ispezione oculare, allora le esigenze supreme ed indeclinabili della giustizia imporranno l'avocazione di questi originali a quel giudizio (2). Se, infatti, ciò è ammesso nel caso di libri, impugnati di falso (art. 737), a più forte ragione dovrà riconoscersi ammissibile per le altre carte del fallimento.

(1) Corte di cassazione di Torino, 2 marzo 1887, ric. Bertola ed altri (*Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 45). È quindi interesse del fallito di mantenere vivo, col reclamo tempestivo, il procedimento penale, finchè può sperare di conseguire i benefici dal giudice commerciale. Confr. Cassazione di Torino, 11 gennaio 1888, ric. Travella (*Monitore dei tribunali*, 1888, p. 192).

(2) Corte di cassazione di Torino, 16 giugno 1886, ric. Barucco (*Annuario critico giur. comm.*, IV, n. 45).

E, a proposito di queste *carte*, accennate nell'art. 696, il loro richiamo deve ritenersi un errore materiale, una svista, se così piace, incorsa nel Codice. Infatti: per l'articolo 686 il fallito deve depositare nella cancelleria del tribunale il bilancio e i libri di commercio; — per l'art. 691 l'ingiunzione che il tribunale può fare al fallito è di depositare il bilancio e i libri; — per l'articolo 737 si dichiarano *inamovibili* dalla cancelleria i libri depositati. Delle *carte* non si parla. Queste dunque, dopo il sigillamento (art. 734) e l'inventario (art. 741), devono restare in custodia del curatore, quale depositario giudiziale (art. 742). Tanto ritenne la Commissione di revisione sufficiente di ordinare, cancellando la voce *carte* (che pur esisteva nel progetto presentato al Parlamento) dagli art. 686 e 691, ma dimenticando di radiarla anche nell'art. 696 (1). Le carte restano dunque presso il curatore, anche a disposizione del giudice istruttore. Il quale, non solo potrà ispezionarle, ma avocarle alla procedura penale; ben s'intende, compatibilmente alle esigenze del giudizio civile di liquidazione. Ove taluna carta fosse, cioè, indispensabile a questo giudizio, e non fosse impugnata di falso (art. 737), il giudice istruttore dovrà limitarsi a chiederne copia. La ragione della legge è identica: il bisogno che può avere il giudizio civile degli atti e documenti del fallimento prevale, così da costituire depositaria o la cancelleria del tribunale, se si tratta di bilancio o di libri, o il curatore, se si tratta delle altre *carte*. La giustizia punitiva può adempiere il proprio ufficio anche senza confiscare gli originali, che più opportunamente possono occorrere ad una regolare e documentata liquidazione.

43. E qui, poichè la trattazione ordinata dell'argomento lo consiglia, affronterò una questione che riflette appunto la indipendenza processuale dei due giudizî, sebbene la soluzione anticipi in parte il commento dell'articolo 749. Si è chiesto, cioè, se il P. M. abbia diritto di farsi rimettere dall'ufficio postale e di aprire le lettere indirizzate ad un fallito detenuto, sebbene, per l'accennato art. 749, le lettere dirette al fallito debbano essere consegnate al curatore.

" Per quanto possa essere sacro ad una nazione civile il rispetto dovuto al segreto epistolare, tuttavia il legislatore ritenne doversi fare eccezione in materia di fallimento. Questo compromette tanti e sì gravi interessi, che si credette di non rinunciare alla speranza di una riparazione, la quale potesse ottenersi appunto dalla conoscenza delle lettere indirizzate al fallito..... E per conciliare la condizione fatta al fallito, col rispetto dovuto al segreto epistolare, si volle che la lettura non potesse farsi dal sindaco, se non dando facoltà al fallito di assistere all'apertura delle sue lettere „ (2). — Il nostro legislatore ha poi completata questa misura di rispetto alla inviolabilità del segreto epistolare, col sancire che il fallito ha diritto di chiedere la consegna di quelle lettere e di quei telegrammi che non riguardano i suoi interessi patrimoniali (art. 749 Cod. di commercio, art. 579 Codice cessato).

(1) Verbali della Commissione coordinatrice, n. 158, p. 309: " La sottocommissione osserva che, col richiedere al commerciante che ha cessato i pagamenti, la presentazione del bilancio e dei suoi libri di commercio, in cui deve essere riassunta la somma dei suoi affari, il voto della legge deve essere soddisfatto; ma non si può esigere che, specialmente ove si trattasse del fallimento d'una potente ed estesa società, vengano presentati al tribunale di commercio anche tutti gli archivi sociali. Per ciò propone di eliminare all'articolo 674 (686 del Codice) l'aggiunta relativa alle *carte del fallito* „.

(2) Dalloz, *Rép.*, voce: *Faillite et banqueroute*, n. 443. Il Renouard (*Traité de faill. et banq.*, n. 277) espone poi ampiamente le ragioni che giustificano la disposizione in esame, ribattendo gli argomenti contrari, dei quali si era fatto organo alla Camera belga il sig. Coomans.

Di fronte all'interesse dei creditori di conoscere la corrispondenza del fallito, per scemare possibilmente il loro danno economico, vi ha l'interesse della giustizia di spingere l'occhio indagatore per rintracciare e raggiungere le prove di un reato, che ha offeso la società. È quindi evidente che l'inviolabilità del segreto epistolare deve cessare di fronte alle prerogative e alle esigenze della istruzione criminale. Ed è per agevolare questo scopo di conoscere la verità, che venne accordato all'autorità giudiziaria il diritto di ottenere la consegna delle lettere confidate all'amministrazione postale (1).

La giustizia non si arresta nelle sue investigazioni, se non allora che trova un ostacolo nettamente e positivamente segnato dalla legge. Ora questo ostacolo è appunto, ad avviso mio, l'articolo 749 del Codice di commercio.

Il nuovo Codice volle (come ripetutamente si è notato) che la procedura di fallimento, innanzi alla giurisdizione commerciale, avesse corso libero e indipendente dalla istruzione e dal procedimento penale. E quale conseguenza di questo principio credette di modificare sensibilmente le disposizioni del Codice cessato, e più specialmente quelle contenute negli articoli 591 e 714. — Cosicchè, nel mentre per queste disposizioni il procuratore del re aveva diritto, in ogni tempo, di richiedere la comunicazione di tutti gli atti, libri e carte relative al fallimento (art. 591), che rimanevano presso il giudice penale, con *la sola facoltà ai sindaci di averne copia* (art. 714) — pel Codice nuovo il sistema è affatto mutato. Libri e atti del fallimento rimangono presso la cancelleria del tribunale di commercio; nè il giudice istruttore ha diritto di rimuoverli (art. 696 secondo alinea). Può solo prenderne ispezione, o chiederne copia od estratti. " L'importanza dei registri e delle carte del fallito per l'adempimento delle funzioni attribuite al curatore e alla delegazione dei creditori, specialmente nei casi di fuga o di latitanza del medesimo, non ha d'uopo di essere dimostrata, essendo evidente che, in molti casi, senza le notizie che possono raccogliersi da quei documenti, la liquidazione dell'attivo e del passivo deve riescire quasi impossibile. Se quindi l'autorità penale, approfittando del diritto concessole in qualunque grado della procedura dall'art. 591 del Codice (del 1865), e, nel caso di procedimento per bancarotta, dall'articolo 714, volesse apprendere i documenti stessi per gli usi del giudizio penale, l'andamento del processo commerciale verrebbe a risentirne gravissimo danno „ (2).

Ora: se il legislatore fece intendere così nettamente il suo pensiero di voler che il giudizio penale non inceppasse il regolare andamento del procedimento commerciale; — se le prove e gli indizi della reità del fallito, meglio che da lettere inviategli durante la procedura, devono indubbiamente scaturire dalle carte già esistenti, e che pur non possono rimuoversi dalla istruttoria commerciale, potrà trovarsi nell'art. 218 del regolamento carcerario una statuizione che distrugga queste norme fondamentali, regolatrici i giudizi di fallimento?

L'art. 218 mira e ad impedire che il detenuto comunichi coi terzi, ponendo in tal modo ostacoli al regolare andamento della

(1) Art. 31 della legge postale; e 218 del regolamento carcerario. — Del resto, su questa facoltà, in massima, dell'autorità giudiziaria, sono consenzienti tutti gli scrittori (Dalloz, *Répertoire* alle voci: *Lettre missive*, n. 31 e *Instruction crim.*, n. 348; Chauveau, *Théorie du Code penal*, II, 200). Dove sorge il dissenso è sulla estensione che può darsi a quella facoltà di sequestrare la corrispondenza, sia in ordine alle persone da cui le lettere emanano e a cui sono dirette, sia in ordine al luogo in cui il sequestro può effettuarsi (Mangin, *Instr. écrite*, I, n. 92; Hélie, *Instruc. crim.*, V, 519). Ma tale questione non ha influenza sull'argomento che si tratta.

(2) Processi verbali della Commissione compilatrice, n. 771; Relazione alla Camera dei deputati, n. LXXXIX.

giustizia punitiva; e ad assicurare all'istruttoria tutti gli elementi delittuosi. — Riguardo al primo scopo, è chiaro che una volta che la corrispondenza non è letta dal fallito, ma dal curatore, nessun timore di danno può sorgere per la giustizia. — E quanto al secondo, non vi ha dubbio che il curatore — il quale esercita un ufficio delicatissimo, demandatogli dalla legge; consacrato dalla fiducia dei creditori; afforzato dalla nomina del tribunale — non sarà mai per allearsi al fallito, vuoi con la soppressione dolosa di lettere, vuoi con sottacerne colposamente l'esistenza, se questa può profittare alle investigazioni penali.

Quella fiducia, che così ampiamente la legge attribuisce al curatore per ciò che riguarda l'inventario e la custodia delle carte che già si trovano al momento in cui assume l'ufficio, non può svanire allora che si tratta di lettere e telegrammi pervenuti posteriormente. E l'apertura delle lettere da parte del procuratore del re, quando già esse devono essere consegnate, non al fallito, ma al curatore, si risolve in una ingiuriosa sfiducia per questi, mentre la legge ha fatto del curatore perfino un organo di quella giustizia punitiva, che si sospetta possa contrariare! (art. 756 Codice di commercio).

Alle ragioni giuridiche si aggiungono quelle economiche. Mentre, pare a me, non occorrano soverchie parole per riconoscere quanto danno deriverebbe allo svolgimento della procedura di fallimento, al rapido movimento delle operazioni che vi si riferiscono, se la corrispondenza, che o prosegue o si inizia all'indirizzo del fallito, anche per agevolare la liquidazione, dovesse sempre passare per la trafila del procuratore del re, con quella meravigliosa prontezza che ognuno sa esser propria del meccanismo burocratico!

E, per ultimo, non isfugga l'osservazione che l'art. 31 della legge postale, classificando i casi in cui le lettere possono sequestrarsi, colloca quello del fallimento anteriormente all'altro della pendenza del giudizio penale. — Se la metodica legislativa ha essa pure un valore nell'interpretazione della legge, il rilievo non può calcolarsi, dopo le precedenti argomentazioni, affatto inconcludente (1).

La questione fu proposta dinanzi la sezione d'accusa della Corte d'appello di Venezia. La quale, però, la sciolse in modo assolutamente contrario a quello che qui si è sostenuto (2).

La Corte di Venezia afferma nella sua decisione: — che l'art. 749 del Codice di commercio riflette interessi puramente privati, e quindi nulla può togliere alla facoltà necessaria all'autorità giudiziaria per l'esercizio delle sue mansioni d'interesse pubblico (asserzione erronea, perchè la violazione del segreto epistolare, legittimata dall'art. 749, non può giustificarsi che in base a motivi di ordine pubblico); — che quell'articolo ha per presupposto la libertà del fallito, tanto è vero che gli consente di assistere all'apertura delle lettere (distinzione arbitraria, che la legge non fa; se il fallito è detenuto non potrà usare della facoltà concessagli: niente altro); — che se spettasse all'apprezzamento del curatore e del giudice delegato di rimettere al giudizio istruttorio le lettere che, a loro avviso, abbiano attinenza col reato di bancarotta, non vi sarebbe più la indipendenza della procedura voluta dall'art. 696 (il quale argo-

(1) " Art. 31. Le lettere affidate alla posta non sono soggette a sequestro che nei casi seguenti: *a*) quando il destinatario sia morto, o ne sia fatta istanza da uno degli eredi o altri interessati; *b*) quando il destinatario sia fallito e ne sia fatta istanza da uno degli aventi diritto; *c*) quando ne sia fatta richiesta dall'autorità giudiziaria in seguito di un'azione penale. In tutti i suddetti casi, le lettere sequestrate non potranno consegnarsi che alle persone indicate dall'autorità giudiziaria competente ".

(2) Decisione della sezione d'accusa della Corte d'appello di Venezia, 30 luglio 1884 (*Temi Veneta*, 1884, p. 427).

mento di leggieri si ritorce, devolvendo al giudice istruttore l'apprezzamento delle lettere da consegnarsi al curatore; con questo di peggio che il giudice istruttore incepperebbe l'intera procedura civile solo per investigare la corrispondenza e rinvenire elementi d'indole penale, che, nella generalità dei casi, o non vi si troveranno affatto, o solo in taluna lettera; mentre è ben più spiccio, e altrettanto sicuro, lasciare al curatore e al giudice delegato l'apprezzamento dei casi *eccezionali* in cui, dopo presane conoscenza, sia da rimettersi qualche lettera al giudice istruttore).

44. Dissi che la indipendenza dei due giudizi, oltrechè formale, lo è anche di criteri direttivi. Con ciò intendo dire: che se è vero che la cessazione dei pagamenti da parte del commerciante, e per obbligazioni commerciali, è un elemento d'indagine comune, così al giudice civile, che al giudice commerciale, i criteri però che servono all'uno per ammettere od escludere la ricorrenza di quell'elemento, non sono obbligatori per l'altro. La prevenzione dell'indagine e la relativa deliberazione di un giudice non pregiudicano in alcun modo l'indagine e la deliberazione dell'altro. Anche nella valutazione, pertanto, degli estremi costitutivi il fallimento vi ha assoluta autonomia tra le due autorità, civile e penale. I pronunciati rispettivi non le vincolano nel pieno esercizio della loro giurisdizione. Il giudice penale, chiamato a pronunciarsi sull'esistenza d'un reato e sulla responsabilità dell'imputato, deve, per ciò solo, prendere a carico e vagliare tutti quegli elementi che esauriscono subbiettivamente ed obbiettivamente la ipotesi della legge, e servono a determinare il suo giudizio sulla esistenza del reato e sulla colpevolezza od innocenza dell'accusato. Trattandosi, adunque, del reato di bancarotta, egli deve, all'infuori dell'elemento intenzionale, constatare l'esistenza di questi tre estremi, comuni a lui e al giudice civile, che pronuncia il fallimento, e cioè: — 1° se si tratta di un commerciante; 2° che abbia cessato i suoi pagamenti; 3° e se la cessazione si riferisca alle obbligazioni commerciali. — Il giudice penale deve, con assoluta indipendenza di criteri direttivi, stabilire la sussistenza di questi tre estremi, senza che la eventuale preventiva deliberazione del giudice civile lo vincoli nei suoi apprezzamenti, e senza timore d'una possibile contrarietà di giudizi. E quello che si dice del magistrato penale, naturalmente va ripetuto pel magistrato civile, nell'ipotesi contraria che sia stato prevenuto dal primo.

Nè si esageri il possibile inconveniente che il magistrato di una giurisdizione contradica i criteri e gli apprezzamenti di quello della giurisdizione diversa. Il magistrato penale affermando per es. che taluno è commerciante, non lo afferma che in relazione al reato di bancarotta, su cui soltanto è chiamato a pronunciarsi. La sua decisione, adunque, su tale qualità, non ha efficacia giuridica oltre il fatto che forma il tema dell'imputazione penale. La sua decisione rimane circoscritta alla condanna od alla assoluzione dell'imputato; e su questo punto soltanto vi ha la cosa giudicata, non sull'altro riguardante in genere la qualità di commerciante. — Del pari, il giudice civile non afferma la qualità di commerciante se non per conchiudere che la sua cessazione di pagamenti porta quale conseguenza lo stato di fallimento. — Dunque i due giudizi s'aggirano entro orbite affatto diverse; e, per conseguenza, anche se il giudice civile avesse esplicitamente od implicitamente riconosciuto in una persona la qualità di commerciante per farla fallire, questa persona sarebbe sempre ammessa a sostenere davanti al giudice penale una qualità contraria a quella affermata dalla sentenza civile.

La disparità dei criteri delle due magistrature corrisponde, del resto, alle diverse funzioni che compiono per loro istituto. Se l'imputato può ingenerare nell'animo del

giudice penale il dubbio ragionevole sulla sua qualità di commerciante, tanto gli basterà per essere assolto: *in dubio pro reo*. Invece il magistrato civile, nella tutela dei privati diritti, non determina il proprio convincimento se non per la prevalenza di ragioni a favore dell'avviso a cui accede.

Su questo punto abbiamo ormai una giurisprudenza ferma, ed ispirata ai più sani criteri (1).

45. Una sola eccezione ha fatto il Codice alla completa autonomia delle due giurisdizioni, civile e penale, in materia di fallimento. A questa eccezione allude appunto l'art. 696, quando, dopo affermata la piena, reciproca indipendenza dei due giudizi, aggiunge " salve le disposizioni dell'art. 839 e del primo capoverso dell'articolo 861 „. Dobbiamo dunque vedere in che la eccezione consista.

L'art. 839 sancisce che con la sentenza omologatrice del concordato, il tribunale di commercio (2), indotto dalle circostanze del fallimento e dalle condizioni del concordato, può concedere, congiuntivamente, o anche separatamente, al fallito concordatario due speciali benefizi. E sono questi:

1° che il nome del debitore sia cancellato dall'albo dei falliti dopo il completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato, — adempimento da accertarsi con apposita sentenza;

2° che resti revocata, dopo tale adempimento, la sentenza dichiarativa del fallimento, anche rispetto al procedimento penale.

L'art. 861 al., completando poi l'accennata disposizione, statuisce che: — " Se il tribunale, colla sentenza di omologazione del concordato, dichiari, secondo le disposizioni dell'art. 839, revocata la sentenza dichiarativa del fallimento, *il procedimento penale per bancarotta semplice* rimane sospeso, e, col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato, l'azione penale rimane estinta „.

Raccogliendo, adunque, il concetto legislativo, quale risulta dal tenore delle due disposizioni surriferite, mi pare possa formularsi in questi termini: — i benefici concessi dal tribunale civile, con la sentenza di omologazione del concordato, non spie-

(1) Ricordo le decisioni più autorevoli e più recenti: Corte di cass. di Firenze, 21 maggio 1887, ric. Bartolini (*Raccolta di giuris. italiana*, 1887, 268) e 4 luglio 1888, ric. Corradini (*Temi Veneta*, 1888, p. 447); Corte di cass. di Torino, 20 luglio 1887, ric. Borghesi (*Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 162), che applicava gli identici principi, ammettendo che la cessazione dei pagamenti fissata dal giudice civile non vincola il magistrato penale. E di conformità: Corte di cassazione di Firenze, 13 settembre 1887, ric. Filippi (*Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 175) e Corte di cassazione di Palermo, 25 febbraio 1887 ric. Facciolà (*Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 176); Corte di cassazione di Torino, 16 maggio 1888, ric. Bessone (*Giurisprudenza penale*, 1888, 279); Corte di cassazione di Firenze, 5 marzo 1887, ricor. Talmassons (*Temi Veneta*, 1887, 193). E ometto di citare una lunga serie di sentenze tutte concordi nei medesimi principii.

(2) La facoltà è devoluta esclusivamente al tribunale di commercio. Se esso omologa puramente e semplicemente il concordato, anche senza dir verbo sulla concessione dei benefici, nessuna querela può farsi dall'imputato di bancarotta dinanzi l'autorità penale (Corte di cassazione di Firenze, 30 luglio 1884, ric. Boncinelli (*Temi Veneta*, 1884, p. 615). — L'autorità penale ha il suo còmpito limitato a constatare se furono concessi i benefici, e se i medesimi, attesa la qualità della bancarotta, per cui si procede, possano avere la influenza estintiva sul giudizio penale, contemplata dall'art. 861.

È poi naturale che, anche escluso che siano stati concessi i benefici, l'autorità penale può sempre giungere ad una pronuncia di assoluzione o di non luogo a procedimento, apprezzando tanto la materiale sussistenza dei fatti costitutivi della imputazione, quanto la responsabilità del prevenuto di bancarotta (Cassazione di Torino, 22 giugno 1887, ric. Cuttica, *Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 139). Diversamente opinando, si distruggerebbe quella piena e completa libertà di giudizio del magistrato penale, che costituisce appunto la base del sistema accolto dal legislatore patrio.

gano i loro effetti sul giudizio penale se non in quanto si tratti di bancarotta semplice; e possono consistere, o nella sola cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti, oppure in questa cancellazione associata alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento anche rispetto al giudizio penale.

Così però non si volle da un autorevole criminalista interpretare la legge (1). Secondo esso, l'art. 839 ammetterebbe la possibile concessione di tre specie di benefici: — la cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti; — la sola revoca della sentenza dichiarativa di fallimento; — e la revoca di questa sentenza *anche rispetto al procedimento penale*. L'art. 861 contemplerebbe le due prime ipotesi. Trattandosi, cioè, di bancarotta semplice, la omologazione del concordato, accompagnata dalla sola revocazione del fallimento, avrebbe la efficacia di sospendere prima, e di sopprimere poi il procedimento penale. Invece, se il giudice commerciale concede i più lati benefici, e revoca la sentenza dichiarativa di fallimento *anche rispetto al procedimento penale*, in tal caso anche l'azione penale per bancarotta fraudolenta rimane estinta. — Ma se si pone mente: — che l'art. 696, nella eccezione alla indipendenza delle due giurisdizioni, civile e penale, accenna esplicitamente e contestualmente alle disposizioni dell'art. 839 e del primo capoverso dell'articolo 861; — che l'art. 839 non contempla tre sorta di benefici, ma due soltanto; e cioè: la cancellazione del nome dall'albo, e la revoca della sentenza di fallimento anche rispetto al procedimento penale (dovendosi alterare la struttura grammaticale della legge, per ritenere possibile una revoca isolata della sentenza di fallimento, e una revoca anche del procedimento penale); — che l'art. 861, alludendo alla revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, si riferisce senz'altro alle disposizioni dell'art. 839; — se si pone mente, dico, a questi rilievi, fatti unicamente sul testo delle disposizioni da interpretarsi, apparisce che la distinzione potrà essere sottile, e anche, se così vuolsi, ingegnosa; ma seria, attendibile, legale, non è di certo.

Un altro scrittore (2), pur confutando la teoria precedente, ne mise innanzi, a sua volta, una nuova. Secondo questa teoria, l'art. 839 conterrebbe un principio generalissimo, al quale non può farsi alcuna restrizione. Il magistrato civile, cioè, non deve discendere all'esame della colpa o del dolo. Deve limitarsi a vedere se dalle *circostanze* del fallimento e dalle *condizioni* del concordato, risulta che il fallito sia meritevole dei benefici. Una volta che sia convinto di concederli, egli non trova alcun ostacolo nella qualità della bancarotta per cui si procede. Solo che il *modo* con cui si manifesterà l'efficacia dei benefici concessi sarà diverso, a seconda che si tratti di bancarotta semplice o di bancarotta fraudolenta. E per stabilire questo *modo*, si stacca la disposizione generica dell'articolo 839 (che parla appunto di revoca dell'azione penale, senza limitazione di sorta) dall'articolo 861 (che invece limita la possibilità della revoca al procedimento penale per bancarotta semplice). E si conchiude con l'ammettere che la revoca, a mezzo dei benefizi, può estendersi anche alla bancarotta fraudolenta, con la sola differenza: che la bancarotta semplice rimane sospesa appena emessa la sentenza di omologazione

(1) Il PESSINA, che però non fece uno studio dottrinale, ma la difesa del fallito Venditti dinanzi la Cassazione di Napoli. Si tratta dunque di una scrittura defensionale, che, per essere dettata dall'illustre criminalista, ha acquistato un valore che, in realtà, mi pare non meritasse. Fu pubblicata nel *Diritto e giurisprudenza* di Napoli, III, n. 17. — Vi rispose il MASUCCI, sostituto procuratore generale, con un lungo studio pubblicato nel medesimo giornale, III, n. 29, 34, 41; — e così pure l'ADINOLFI nella *Gazzetta del Procuratore*, 1887, p. 337.

(2) C. ALFANI, *Sull'azione penale nel reato di bancarotta*, p. 33 (Napoli, tip. De Angelis, 1887).

del concordato contenente i benefizi e si estingue con la sentenza successiva che constata l'adempimento del concordato; — mentre l'azione per bancarotta fraudolenta non resta mai sospesa, sebbene si estingua essa pure con la sentenza che constata l'adempimento del concordato, omologato dal tribunale con la concessione dei benefizi.

In sostanza, adunque, per questa interpretazione, si verrebbe alla conclusione che i benefizi hanno effetto per estinguere sia il procedimento di bancarotta semplice che quello di bancarotta fraudolenta; soltanto, finchè l'adempimento del concordato non è constatato da sentenza, la procedura per bancarotta fraudolenta prosegue il suo corso, mentre rimane sospesa la procedura per bancarotta semplice con la sola emanazione della sentenza omologatrice del concordato.

Di queste interpretazioni (che, sostanzialmente, si identificano nell'introdurre distinzioni che la legge non fa; e nell'ammettere possibile la influenza dei benefici sulla bancarotta fraudolenta) fece autorevole giudizio la Corte di cassazione di Napoli. La confutazione della Corte napoletana mi pare trionfante; tanto da indurmi a riprodurre qui il tenore testuale del suo pronunciato, essendone le parti collegate così, da non consentire una riproduzione parziale (1).

« Osserva che la dottrina (sostenuta dal ricorrente) potra abbagliare, ma non convincere, essendo contraria non meno alla storia che alla parola ed allo spirito della legge. Ed invero, l'affermare che l'omologazione del concordato, nella sua più estesa latitudine, possa arrestare ed anche annientare *un procedimento penale per bancarotta fraudolenta* è un assurdo, e basta enunciare le disposizioni del vigente Codice di commercio su cui la propugnata teoria si adagia, per far chiara l'infondata pretesa del ricorrente.

« Da tutto il complesso delle disposizioni del nuovo Codice si ritrae che l'azione penale, in tutti i casi di bancarotta, è distinta e separata dall'azione civile per fallimento. Può anche, come prescrive l'art. 855, essere esplicata l'azione penale indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento. — Una sola eccezione il legislatore ha statuito, ed è quella che riguarda la *bancarotta colposa*. Per essa è fatta facoltà al giudice di sospendere anche il procedimento penale quando il fallito si mostra meritevole di speciali riguardi, ed è accettato il principio dell'ammissione, nell'interesse civile dei creditori ed anche del fallito, del concordato anche nei casi di bancarotta dolosa. Ma questa permissione non può estendersi al di là degli effetti civili e dell'interesse privato delle parti; e questo concetto predominante, che governa la materia di cui è esame, il legislatore lo spiega a chiare note nell'art. 830, nel quale è detto che in ogni caso della procedura del fallimento può aver luogo un concordato, e in esso si può convenire la cessazione e la sospensione del processo commerciale di fallimento, ma non si può impedire la continuazione del processo penale. E questa disposizione che incontrò infiniti ostacoli in odio del frodatore, passò unicamente per argomento dell'art. 1766 Codice civile, in cui è detto: si può fare transazione sopra un'azione civile che provenga da un reato. La transazione, come sarebbe il concordato, non è di ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero. — E sul riguardo, il relatore della commissione, l'on. Mancini, diceva:

« Se dunque il concordato giova anche ai creditori, e con essi all'interesse del com-

(1) Corte di cassazione di Napoli, 5 gennaio 1887, ric. Venditti (*Annali della giuris. ital.*, 1887, 2, 68). — La sentenza è dettata in forma infelice, ma è vigorosa nelle argomentazioni, ed esatta nella enunciazione dei principii che informano il nostro Codice di commercio.

mercio in generale, non è facile scorgersi per qual motivo vogliasi negare ad entrambe le parti questo vantaggio, solo perchè una di esse non è meritevole. E mentre sulle azioni civili derivate da ogni altro reato, anche di specie analoga alla bancarotta fraudolenta, è sempre permesso transigere senza pregiudizio dell'azione penale, come per l'art. 1766 Cod. civile, dove può riscontrarsi un motivo che, nei soli riguardi del reato suddetto, giustifichi una deviazione sì grave? „ — E quindi dopo altre osservazioni conchiudeva:

" Ed allo scopo di prevenire ogni dubbio sull'efficacia dell'accordo in relazione agli effetti della dichiarazione di fallimento, sembra doversi tosto soggiungere che se col concordato si può convenire la cessazione o la sospensione del processo commerciale di fallimento, non si può impedire la continuazione del procedimento penale.

" Or torna chiaro il senso dell'art. 839, su cui si mena tanto scalpore: che la concessione in esso sancita, non può riguardare che la bancarotta colposa; e questo concetto è più nettamente spiegato e ribadito dal successivo art. 861, a cui ha relazione, mettendo capo entrambi al precedente articolo. E che l'art. 839 non possa riguardare il bancarottiere fraudolento, che non può essere mai meritevole di speciale riguardo, lo dice la Commissione proponente. Negli atti di essa si legge: " Alle disposizioni concernenti l'omologazione del concordato devono seguire quelle che ne determinano gli effetti, sì nei riguardi della persona del fallito, che dei diritti dei creditori e dell'esito finale della procedura di fallimento.

" Per le ragioni esposte, le innovazioni adottate nel concetto del concordato non permettono che la sola conclusione del medesimo possa far cessare, come dispone l'art. 630 del Codice vigente, le incapacità personali derivanti dalla dichiarazione di fallimento. E sebbene quelle incapacità siano ora ridotte a proporzioni esigue, anche per la cessazione di esse deve richiedersi che il tribunale nella sentenza di omologazione del concordato, riconoscendo il fallito meritevole di speciale riguardo, lo ammetta a tale beneficio, ma soltanto sotto la condizione sospensiva del completo adempimento degli obblighi assunti nel concordato. Non occorre una lunga esposizione a giustificare i motivi per i quali da questo benefizio vengono esclusi i colpevoli di bancarotta fraudolenta.

" Ed il successivo art. 861, che è completamento del precedente dice: " Se il tribunale colla sentenza di omologazione del concordato dichiari, secondo le disposizioni dell'art. 839, rivocata la sentenza dichiarativa del fallimento, il procedimento penale per bancarotta semplice rimane sospeso, e col completo adempimento delle obbligazioni assunte nel concordato l'azione penale rimane estinta „.

" E la Commissione proponente, quantunque si trattasse d'un caso per sè stesso innocuo di bancarotta colposa, pure con molta esitanza si faceva a proporre la detta disposizione per non alterare i principii generali dell'indipendenza del procedimento penale. Infatti si legge: " Nè in ciò può scorgersi offesa alle attribuzioni dell'autorità penale, perchè il solo tribunale di commercio può essere in grado di valutare, nei singoli casi, l'esistenza dei motivi speciali di scusa „.

" Ed è questo il solo modo di rendere possibile al fallito, meritevole di speciale riguardo, di conseguire un rilevante attenuamento che gioverà in sommo grado a promuovere la definizione dei processi di fallimento mediante concordato.

" Adunque il nuovo Codice del 1882, sebbene largo in concessioni, esclude dai benefici effetti del concordato, in quanto al procedimento penale, il bancarottiere fraudolento; e la giusta interpretazione che si fa non risente l'efficacia della vecchia tradizione; poichè se le disposizioni che diconsi violate congiuntamente mirano ad un solo scopo, e quindi se la pienezza dei poteri

che dà l'art. 839 al magistrato commerciale dietro il concordato avvenuto, è scritta soltanto per rispetto ai falliti che trovansi imputati di bancarotta semplice, l'esclusione del bancarottiere fraudolento è testualmente sancita..... „ (1).

Malgrado queste categoriche ragioni, la Corte di cassazione di Palermo (2) ammise che anche la procedura penale di bancarotta fraudolenta rimane estinta in base alla sentenza che accerta l'adempimento di un concordato, omologato con la concessione dei benefici di cui l'art. 839. L'argomentazione della Corte palermitana è duplice. Dapprima sostiene che deve estendersi l'efficacia della revoca del giudizio penale anche alla bancarotta fraudolenta " per evitare la contradizione dei giudicati, mostruosa nelle sue conseguenze „. E non si avvede che mostruoso è realmente concedere ad un pronunciato civile l'effetto di annientare una procedura penale per bancarotta fraudolenta. — Già si discute se questa eccezionale influenza del giudizio civile sul penale, scientificamente, si giustifichi, tanto in tesi generale (3), quanto nella sua limitata applicazione alla bancarotta semplice. Infatti, per restringere l'esame a questo reato, è riflessibile che non tutti i casi, che la legge classifica sotto il titolo generico di bancarotta semplice, hanno quei caratteri contravvenzionali, pei quali può sostenersi che, scomparsa con la revoca, la sentenza dichiarativa di fallimento, anche i fatti contemplati dalla legge, perdono l'indole delittuosa che aveano ritratta unicamente in seguito alla pronuncia di fallimento. Per alcuno di quei fatti ciò è vero; per altri no. La loro classificazione però è così empirica, così spoglia di ogni criterio rigorosamente giuridico, che il legislatore li associò ad una sorte comune, piuttosto che procedere ad un depuramento e ad una distribuzione più logica in relazione alla diversa responsabilità di chi li commette. È l'empirismo che trionfa nella premessa e nella conclusione!

Ma estendere quel precetto, già per sè anormale, a un caso non espressamente contemplato dalla legge, e peggio poi ai reati nei quali il carattere dominante è la frode; è creare una vera mostruosità, un ibridismo di istituti giuridici, mezzo civili e mezzo penali, che certo era ben lontano dal pensiero di quel legislatore, che metteva a fondamento del sistema l'indipendenza delle due giurisdizioni.

Il secondo argomento addotto dalla Cassazione di Palermo è quel medesimo di cui fece severa giustizia la Corte suprema di Napoli. Nè dopo quanto questa disse, e che mi parve opportuno di testualmente riferire, aggiungerò altro. Esprimo solo la speranza che una sottigliezza, per quanto ingegnosa, non si radichi nella giurisprudenza. Alla fine, industriosa difesa degli imputati, i giudici oppongano la esatta interpretazione della legge.

46. Un altro scrittore (4), distinguendo il beneficio della cancellazione del nome, da quello della revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, sostenne: che l'art. 861 limita bensì il secondo beneficio della revoca al caso della bancarotta semplice, ma non restringe l'applicabilità del primo beneficio della cancellazione del nome al caso di questa bancarotta. E quindi concluse,

(1) Conf. Appello di Torino, 6 febbraio 1886 (*La Giurisprudenza*, 1886, p. 219) e Appello di Trani, 4 settembre 1883 (*Annuario*, II, n. 122).

(2) 18 novembre 1887, ric. Mazzarino (*Foro italiano*, 1888, 2, 110, con una nota del COSENZA che confuta la decisione).

(3) Il CARFORA (*Del reato di bancarotta*, p. 171) combatte egli pure l'applicabilità dei benefici alla bancarotta fraudolenta, osservando: che non può ritenersi meritevole di speciale riguardo chi si è reso reo di frode a danno dei creditori, se non è ammesso dalla legge al beneficio della cancellazione del nome dall'albo dei falliti il bancarottiere fraudolento, nemmeno quando paghi interamente i suoi creditori (art. 816).

(4) CUZZERI, op. cit., n. 111.

che, trattandosi di una disposizione favorevole al fallito, nel dubbio, dovea interpretarsi a suo vantaggio, e consentire, perciò, la possibilità della cancellazione del nome dall'albo dei falliti anche all'imputato di bancarotta fraudolenta.

Io sono d'avviso diametralmente opposto. Credo, cioè, che quando si tratta di bancarotta fraudolenta nessun beneficio del magistrato civile possa esercitare influenza qualsiasi a vantaggio del fallito.

Ed invero: il nuovo Codice ha soppresso l'istituto della riabilitazione che esisteva nel Codice abrogato (art. 715 e seg.), e vi ha sostituito, con pari effetti giuridici, il provvedimento della cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti; la quale cancellazione era, pel Codice cessato, la conseguenza della ottenuta riabilitazione (art. 719 cap.). Quando si dice, adunque, che il tribunale concede il beneficio della cancellazione dall'albo dei falliti, equivale a dire, nel sistema del Codice patrio, che il fallito fu riabilitato. Orbene, questa riabilitazione era inammissibile pel bancarottiere fraudolento pel Codice del 1865 (articolo 720); come, pel Codice attuale, è inammissibile per lui la cancellazione del nome dall'albo dei falliti, anche se provi di aver pagato interamente tutti i suoi creditori ammessi al fallimento (art. 816). Se, pertanto, anche in questa ipotesi, la legge, con espressa sanzione, esclude il bancarottiere fraudolento dal beneficio della cancellazione, pare a me insostenibile il concetto che, nel caso di concordato, quel beneficio possa essergli invece accordato, sebbene, in via ordinaria, il concordato rappresenti un pagamento ridotto o dilazionato.

Ma vi ha di più per escludere assolutamente l'opinione che qui si oppugna. L'articolo 861 ult. al. dichiara che il condannato per bancarotta è inabilitato all'esercizio della professione di commerciante e *non può avere ingresso nelle borse di commercio.* E l'art. 14 n. 1 del regolamento, che applica il Codice, vieta l'ingresso alla borsa ai falliti di cui il nome non sia stato cancellato dall'albo. Ora, combinando insieme queste disposizioni, risulta: che il bancarottiere fraudolento — non potendo entrare in borsa perchè bancarottiere — nè potendo questa sua qualità essere eliminata dalla revoca del processo penale accordata colla sentenza di omologazione del concordato, perchè, come già dimostrai, la revoca non ha influenza che sulla bancarotta semplice, — non può nemmeno fruire del beneficio della cancellazione del nome, anche se fosse erroneamente accordata. — Anzi, per ovviare il pericolo che il magistrato civile, nell'ignoranza della deliberazione definitiva del magistrato penale, o prenda, od eseguisca deliberazioni le quali (come appunto sarebbe quella di cui s'è parlato) sieno inconciliabili con quella, ha sanzionato: " che la decisione definitiva della giustizia penale deve essere annotata in margine della sentenza che ha dichiarato il fallimento e pubblicata come questa „. Si è, con ciò, esteso il precetto che l'art. 712 del Codice abrogato limitava alle sentenze per condanna di bancarotta a pena criminale; e si volle altresì raggiungere lo scopo di accrescere la solennità delle pronuncie penali in materia di fallimento (1).

47. A completare l'argomento, riflettente la procedura penale per bancarotta, è da accennarsi anche alla disposizione dell'articolo 696 al. 3° per cui è stabilito che, compiuta l'istruttoria, la deliberazione di rinvio degli imputati al pubblico giudizio o la dichiarazione di non farsi luogo a procedimento deve, in ogni caso, essere pronunciata dalla Camera di consiglio o dalla Sezione di accusa.

Forse si ritenne di concedere, in tal modo, agli imputati di bancarotta maggiori ga-

(1) Verbali della Commissione compilatrice, n. 771.

ranzie. Ma io divido l'opinione della Commissione di revisione che era opportuno sopprimere questa disposizione eccezionale, lasciando libero impero alle regole ordinarie della procedura penale, dappoichè forse meritano minor fede le deliberazioni irresponsabili della Camera di consiglio, che non quelle del giudice istruttore, personalmente responsabile dei propri atti (1).

Buona o cattiva che sia, la disposizione va tuttavia rigorosamente applicata. E, per conseguenza, rettamente fu deciso che l'ordinanza di non luogo a procedimento per inesistenza di reato di bancarotta, emessa dal giudice istruttore, con violazione dell'art. 696 del Cod. di commercio, non fa stato di cosa giudicata anche in difetto di opposizione, e quindi non preclude l'adito ad ogni ulteriore procedimento. Il giudice istruttore, infatti, pronunciando questa ordinanza, commette un eccesso di potere, e, per ciò, la sua pronuncia non può essere di ostacolo alla riapertura del procedimento in confronto del bancarottiere (2).

48. Oltre la incapacità di amministrare i suoi beni, e di stare in giudizio relativamente ad essi (incapacità obbiettiva di cui si tratterà diffusamente all'art. 699) — il fallito è colpito, e per il Codice di commercio, e per altre leggi speciali, da altre limitazioni nella sua capacità giuridica. E sono le seguenti:

a) Il fallito non può avere ingresso alla borsa (art. 697 Cod. comm. e art. 14 n. 1 del regolamento 27 dicembre 1882).

b) È incapace di essere elettore politico od eleggibile *finchè dura lo stato di fallimento* (art. 88 della legge elettorale politica 24 settembre 1882).

c) Non può essere nè elettore nè eleggibile in materia amministrativa *finchè non abbia pagato intieramente i creditori* (articolo 26 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865).

d) Non può esser giurato *finchè è in istato di fallimento dichiarato e non riabilitato* (art. 9 e 87 della legge sull'ordin. giud. 6 dicembre 1865).

e) Non può essere elettore commerciale nè eleggibile a consigliere della Camera di commercio (art. 12 della legge 6 luglio 1862).

E tacciamo di alcune incapacità di diritto privato, sancite del Codice civile, quali la esclusione degli uffici tutelari (art. 269), la cessazione del mandato (art. 1757), ecc.

Come cessano queste incapacità?

Cessano (all'infuori dell'incapacità amministrativa) con la cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti, perchè, come già ho dimostrato nel numero 46, questa cancellazione, che prima era una conseguenza della riabilitazione, ora, nel sistema del Codice vigente, è un provvedimento che sta a sè, e che corrisponde nella natura e negli effetti all'istituto della riabilitazione del Codice precedente (3).

(1) VIDARI, *Il nuovo Codice di commercio comm.* all'art. 696; — CASORATI, *Il reato di bancarotta*, nella *Rivista penale*, XVII, fasc. 1.

(2) Corte di cassazione di Firenze, 30 settembre 1887, ric. ditta Poma (*Temi Veneta*, 1887, p. 608).

(3) La circolare del ministero di grazia e giustizia 11 maggio 1883, n. 1054 (*Bollettino del ministero*, 1883, p. 342) dice: " L'albo dei falliti ha lo scopo evidente di render seria ed efficace la principale sanzione repressiva degli abusi del credito, che consiste in quella specie di diminuzione di capo, che deriva dalla pubblicità del fallimento ". L'albo, secondo la circolare, deve contenere i nomi di tutti coloro (commercianti singoli o società), dei quali sia stato dichiarato il fallimento nella giurisdizione del tribunale che pronunciò il fallimento, dal giorno della attuazione del Codice di commercio del 1865 nella provincia a cui il tribunale appartiene, esclusi i riabilitati e quelli dei quali sia debitamente provata la morte. — Ma il tribunale di commercio di Venezia, con la pronuncia 25 novembre 1885, ric. Perego (*Temi Veneta*, 1886, p. 81), dichiarava che anche i nomi dei commercianti morti dovevano restare nell'albo; e ciò perchè: se l'art. 551 del Codice abrogato stabiliva che il nome dei falliti doveva rimanere scritto nell'albo durante la loro

Però, oltre questo mezzo generale di soppressione di tutte le incapacità sopra ricordate, vi sono delle cessazioni particolari a taluna di esse. Ciò dipende dalla circostanza che le leggi speciali, o adottano formule vaghe, o non sono coordinate al Codice di commercio in vigore, e quindi fanno ipotesi che trovavano riscontro soltanto nel Codice di commercio del 1865.

Così nella legge elettorale politica si dice che si mantiene l'incapacità finchè dura lo stato di fallimento. E siccome questo stato cessa o con la omologazione, non più soggetta a reclamo, del concordato (articolo 841) (1) o con la prova data dal fallito (che non sia bancarottiere fraudolento) di aver pagato interamente i suoi creditori ammessi al fallimento (sebbene questo caso si compenetri in quello più generale della cancellazione del nome dall'albo conseguente alla prova di aver pagato — art. 816) — così, solo in queste due ipotesi, si potrà riammettere il fallito all'esercizio dei diritti politici. A questo risultato, invece, non può condurre la chiusura della procedura di fallimento, o perchè non vi è più sostanza da ripartire (art. 815) o per insufficienza di attivo (articolo 817). In questi casi, infatti, rimangono fermi gli effetti della dichiarazione di fallimento; ciascun creditore conserva le sue ragioni al pagamento di quanto gli è dovuto in tutto o in parte, col libero esercizio di ogni azione giudiziaria individuale per conseguirlo.

Invece, per la legge comunale e provinciale, occorrendo, come dicemmo, per ricuperare la capacità amministrativa, di aver pagati intieramente i creditori, è evidente che nemmeno la cancellazione del nome dall'albo dei falliti (conseguente alla omologazione d'un concordato, per cui parte dei crediti sieno stati rimessi) basterà a far ricuperare quella incapacità. La legge vuole che i creditori sieno pagati per intero, e quindi contempla la sola ipotesi dell'art. 816. Certo è strano che meno si richiegga per ricuperare la capacità politica di quello che occorra per riacquistare la capacità amministrativa. L'epoca diversa delle due leggi spiega la diversa misura, ma non può indurre a modificare una disposizione la quale è espressa in modo da non consentire arbitrarie interpretazioni. Ed è solo deplorevole che il progetto di riforma della legge comunale e provinciale già votato dalla Camera dei deputati, col richiamarsi allo articolo 26 della legge 20 marzo 1865 (articolo 10), non abbia provveduto a correg-

---

vita, il Codice vigente non contiene questa limitazione all'art. 697; e non ammette cancellazione se non nei casi di cui gli art. 816 e 839. — Nè la sentenza ritiene si possa far ricorso alle norme sul casellario giudiziale (art. 22 del r. decreto 6 dicembre 1865, n. 2644), secondo le quali il nome del condannato va cancellato in seguito alla sua morte. Sta bene che in quel caso la cancellazione si operi, perchè la morte del reo estingue il reato e la pena (art. 131, n. 1 Cod. penale), e perchè il casellario tien nota dei precedenti penali di chi può ancora delinquere. Ma invece la morte del fallito non estingue i diritti dei suoi creditori, nè toglie la possibilità che *sotto lo stesso nome* del defunto gli eredi continuino o riprendano il commercio.

(1) E quindi senza bisogno che esca la sentenza che constati che il concordato fu adempiuto. Esattamente, quindi, la Corte di cassazione di Roma accoglieva questa opinione, motivando: che l'esigere per il riacquisto del diritto elettorale anche l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal concordato, sarebbe aggiungere, all'art. 88 della legge elettorale politica e all'art. 841 del Codice di commercio, una condizione in essi non espressa, ed a tale scopo dare alle dette due disposizioni una interpretazione estensiva ripugnante alla materia odiosa dell'incapacità elettorale (decisione 1° marzo 1888 ric. Borsetto, *Temi Veneta*, 1888, p. 307). — Nè nuoce aggiungere che la constatazione a mezzo di sentenza dell'adempimento degli obblighi assunti nel concordato, se è necessaria per conseguire i benefici dell'art. 839, è inutile se il concordato fu omologato senza la loro concessione. Anzi, alcuni tribunali, in questa seconda ipotesi, si rifiutano di emettere la sentenza che constata l'adempimento del concordato. E io credo che ciò sia illegale, perchè la sua constatazione giudiziale è sempre utile, nè è esclusa dalla legge.

gere in proposito il testo di questa legge, mettendola in armonia col nuovo Codice di comm. e con la legge elettorale politica.

49. Ma una questione ben più importante sorge, per ciò che ha tratto alla capacità personale del fallito. Ed è la seguente: può il fallito, che si trovi tuttavia nello stato di fallimento, esercitare il commercio?

Su questo tema, le vicende della nostra legislazione commerciale furono invero fortunose.

Dapprima si disse: il divieto dell'art. 551 del Codice del 1865 (per cui il fallito non poteva nè ritenere, nè riassumere la professione di commerciante) deve mantenersi. È una inabilitazione codesta, è vero. Ma è pur vero che lo spettacolo di falliti risorti, impudenti, e con lena raddoppiata dai disastri economici da essi medesimi provocati, attrista, disgusta, demoralizza (1).

Il divieto però era minato dalle fondamenta.

Come impedire, si osservava di rincontro, che il fallito compia singoli atti di commercio. I fatti si ribellano a queste irrazionali proibizioni. Bisogna, o invalidare tutti gli atti, o ammetterli senza limiti; perchè un limite è sempre arbitrario. — D'altra parte, l'esperienza ha istruito che l'incapacità, lungi dall'aggravare la condizione del fallito, gli può giovare. Falliti inverecondi trassero illeciti profitti, opponendo ai nuovi creditori la nullità delle obbligazioni contratte. Una volta che il fallito non ha più l'amministrazione dei suoi beni, ogni distrazione gli è resa impossibile. Se dalla sua industria ricaverà lucri o benefizi, questi profitteranno alla massa. Ogni debito, che il fallito contraesse, violando la proibizione della legge, non potrebbe far parte del passivo ammesso alla distribuzione del patrimonio. — Infine, non si vuole condannare ad ozio infecondo il fallito, forse vittima della sventura. Lavori e tragga nuove fonti di guadagno per soddisfare i creditori ed accelerare così il ritorno alla vita degli affari (2).

E il divieto sparì. — Ma quale misura cautelare pei creditori gli fu sostituita? Quella contenuta nell'art. 707 del Codice, e così formulata: " Tutti gli atti e le operazioni del fallito, e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la sentenza dichiarativa del fallimento sono nulli di pieno diritto ".

Rileviamo dai verbali il motivo di questa disposizione.

" Uno dei principali effetti della dichiarazione di fallimento, essendo quello di privare il fallito d'ogni ingerenza sul patrimonio che gli appartiene, o che può pervenirgli in appresso, la prima distinzione riguardo al tempo deve condurre a riconoscere l'assoluta nullità, rimpetto a chiunque, degli atti e delle operazioni e dei pagamenti che fossero eseguiti dal fallito con quel patrimonio. Questo concetto deriva dall'intero complesso delle disposizioni del Codice vigente, ma l'espressione di esso può prevenire molte questioni che agitarono la giurisprudenza " (3).

E la relazione della Camera aggiunge: " La sentenza dichiarativa del fallimento, avendo per precipua conseguenza di spogliare il commerciante, dichiarato fallito, di ogni facoltà di amministrazione e di ingerenza nel suo patrimonio attuale e futuro, è evidente che tutti gli atti, le operazioni e i pagamenti da lui fatti dopo la pronuncia di quella sentenza, attesa la sua personale incapacità, debbono dichiararsi *nulli di pieno diritto* verso chiunque, senza che occorra alcuna prova di mala fede o di scopo fraudolento ".

Dunque si tratterebbe di nullità assoluta: il fallito sarebbe calcolato un interdetto, incapace a contrarre una valida obbligazione. È questo il significato da assegnarsi alla nuova disposizione? Vediamolo.

(1) Verbali della Commissione, n. 917.
(2) Relazione alla Camera, n. 88.
(3) Verbali della Commissione, n. 777.

L'art. 707 è tolto di peso dalla legge belga del 1854 sui fallimenti; con questo però, che se ne è peggiorata la forma e la sostanza.

L'art. 444 della legge belga dice: " Tous " payments, opérations, et actes faits par le " failli, et tous payments faits au failli de- " puis ce jugement sont *nuls de droits* ".

Qui si parla di atti nulli di diritto. E il Namur (1) avverte che la nullità, sebbene di diritto, è puramente relativa, non essendo stabilita che nell'interesse della massa. Non può dunque essere invocata nè dal fallito, nè da coloro che hanno contrattato con lui. " Il fallito non è interdetto, nè incapace di contrattare: la legge gli ha tolto soltanto la facoltà di disporre dei suoi beni in pregiudizio dei creditori ". In altre parole, la legge belga volle sancire: che gli atti del fallito, solo perchè posteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, sono nulli senza bisogno di provare una frode o una lesione. E siccome la frode o la lesione non può riflettere che gli interessi dei creditori, è nei riguardi di questi che la nullità è comminata.

Il legislatore italiano, nell'art. 707, ha invece dichiarato che gli atti del fallito sono *nulli di pieno diritto*.

Non voglio qui ingolfarmi in una sottile disquisizione di diritto civile per dimostrare l'inesattezza di questa dicitura. " Tutte le nullità sono pronunciate in forza della legge giuridica, la quale, dati certi fatti, pronuncia *direttamente* la nullità del contratto: ed all'autorità giudiziaria non è demandato altro ufficio che quello di apprezzare le prove e giudicare se si avverino oppure no, nel caso in contestazione, quelle condizioni di fatto che la legge giuridica presuppone nella sua regola generale ". Il sommo Pescatore ha svolto il tema, con l'altezza del suo ingegno, nella monografia da lui dettata sull'argomento (2), e a questa rimando gli studiosi. A me basta rilevare che il Codice civile patrio non accenna mai a nullità di pieno diritto, e perciò ha omesso l'art. 1117 del Codice francese, che, sia pure in senso negativo, allude appunto a questa nullità (*n'est point nulle de plein droit*), quando tratta dell'influenza dell'errore, della violenza e del dolo sulla validità delle convenzioni.

Ma si accetti pure la teoria più accreditata (3), e si ammetta che, oltre gli atti *nulli*, ve ne siano altri *nulli di pieno diritto*, quelli, cioè, ai quali mancano le condizioni necessarie alla loro esistenza. Mancando di tali condizioni, l'atto, perchè colpito da nullità assoluta, deve riternersi siccome inesistente. Gli atti nulli assolutamente hanno dunque queste caratteristiche: di non poter mai produrre alcun effetto giuridico; di non poter essere ratiabiti; e di non ammettere la necessità di un annullamento. L'annullamento di un atto inesistente sarebbe un non senso. La distruzione di ciò che non esiste, è un paradosso.

Applichiamo ora questa dottrina agli atti compiti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa del fallimento.

Ogni operazione che il fallito intraprenda, ogni atto che compia, ogni pagamento che eseguisca, sono colpiti da nullità assoluta. Egli è dunque come se tali atti non fossero mai avvenuti.

A che dunque stancare la intelligenza per risolvere il quesito se dopo un fallimento possa esserne pronunciato un secondo? Se il fallito non ha mai contratte obbligazioni giuridicamente valide, mai ha potuto incorrere nella cessazione di pagamenti, da lui legalmente non dovuti!

A che rallegrarsi di un progresso nella legislazione e nei costumi per l'abolizione di una misura restrittiva la libertà individuale, se l'art. 551 del cessato Codice, che quella restrizione fulminava, risorge nel

(1) *Le Code de commerce belge révisé*, III, n. 1688.

(2) *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, pag. 227, capo XXXII.

(3) LAURENT, *Principes de droit civil*, I, 71, II, 269; DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, XXIV, n. 77.

nuovo Codice anche più spietato nei suoi effetti, perchè, con la sua generica statuizione, confisca, non solo l'attività commerciale, ma sì ancora quella civile del fallito?.....

Eppure, si capisce, che tale non dovea essere l'intenzione del legislatore. Lo attestano le fonti già ricordate; lo palesa anche più l'art. 699 del nuovo Codice; lo spirito stesso della nuova legislazione si ribella a questa interpretazione, pur così rigorosa, ove la si voglia desumere dal solo tenore della legge. Certo che se tale interpretazione fosse accolta, il nuovo Codice non risponderebbe nè alle esigenze della scienza, nè ai bisogni della pratica.

Devesi quindi ritenere che, malgrado la imperfetta dizione dell'articolo 707, rimanga sempre fermo: che il fallito, non essendo colpito da interdizione, possa tuttavia impiegare la propria attività personale; e dal credito trarre nuove fonti di lucro a vantaggio dei propri creditori; i quali, ove gli atti del fallito intacchino il patrimonio, che è ormai acquisito alla massa, e ledano perciò i loro interessi, possano impugnarli con l'azione di nullità, senza aver bisogno di stabilire la causa fraudolenta o la lesione ad essi recata, essendo la nullità conseguente alla violazione del divieto fissato dalla legge. Questo, e non altro, ha da ritenersi il ristretto significato della nullità di pieno diritto contemplata nell'articolo 707.

Il fallito adunque rimane capace di obbligarsi. La sentenza di fallimento produce l'effetto della indisponibilità del patrimonio del fallito affinchè i suoi creditori possano essere tacitati delle loro ragioni; ma non porta seco la interdizione del fallito, inconciliabile con l'esercizio pure concessogli dei diritti strettamente personali o estranei al fallimento.

Il fallito, quindi, potrà devolvere la propria attività nell' esercizio d'un' industria, purchè lo faccia con danari non appartenenti alla massa, e purchè i frutti di questa industria siano rivolti a soddisfare i diritti dei precedenti creditori. " La legislazione attuale, più logica e più mite delle antiche, non ha esagerato le conseguenze della tolta amministrazione, al di là del suo scopo naturale, che è di mettere il fallito in tale condizione da non poter nuocere ai propri creditori, e non di privarlo della capacità in tutti i casi, in cui i suoi atti non possono recare ai creditori alcun pregiudizio, e non sono che l'esercizio delle sue facoltà naturali „ (1).

Donde consegue che il fallito può esercitare atti di commercio. E poichè è impossibile stabilire *a priori* quale possa essere il limite di tali atti; evidentemente ne deriva che la loro abitualità attribuisce a chi li esercita il carattere di commerciante, fermo però il diritto della massa sopra i beni che il fallito acquistasse nell'esercizio del suo commercio.

La stessa statuizione, infine, dell'art. 861 ult. al. per cui il condannato per reato di bancarotta è inabilitato all'esercizio della professione di commerciante, ribadisce il concetto che il fallito non bancarottiere non è colpito da quella inabilitazione (2).

---

(1) MASSÉ, *Droit comm.*, II, n. 1190.

(2) Conforme VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4395; CUZZERI, *Codice di commercio comm.*, n. 110; Tribunale di commercio di Napoli, 22 gennaio 1883, Gayotti c. Maisto (*Annuario crit.*, I, n. 51); Corte d'appello di Napoli, 16 marzo 1883, che conferma la sentenza precedente (*Foro italiano*, 1883, 336); Corte di cassazione di Torino, 27 aprile 1887, ric. Bontempi (*Annali della giur. ital.*, 1887, 2, 131) che, concisamente ma efficacemente, così si esprimeva: " Riesce ovvio il comprendere che se il commerciante, già dichiarato fallito, pur abusivamente esercita di nuovo il commercio, e viene meno ai contratti impegni, cessando dal fare i suoi pagamenti, qualora trovisi in uno dei casi previsti dalla legge, debba, al pari di ogni altro commerciante, soggiacere alle conseguenze del proprio dolo o della propria colpa, imperocchè egli stesso si è voluto porre nella situazione di un vero commerciante; ed il fatto

50. L'articolo 698 contiene una vera restrizione al diritto della libertà personale, obbligando il fallito a non allontanarsi dal suo domicilio senza il permesso del giudice delegato. Lo obbliga altresì a presentarsi allo stesso ogni qualvolta è chiamato; con facoltà però di sostituire un mandatario quando il fallito abbia giusti motivi d'impedimento a presentarsi in persona. Ove il fallito non ottemperi agli obblighi a lui imposti dall'accennata statuizione di legge, e quindi se non si è presentato agli organi del fallimento senza addurre un legittimo impedimento, o si è allontanato dal suo domicilio durante il fallimento senza aver ottenuto il permesso, è colpevole di bancarotta semplice (art. 857, n. 4).

Questa disposizione si giustifica con le esigenze della procedura di fallimento. Le indicazioni del fallito possono troppo spesso essere indispensabili agli amministratori. Bisognava, quindi, far in modo che, anche con un costringimento legale, si potesse ottenere la costante presenza del fallito.

Non deve però ammettersi che il giudice delegato possa spiccare mandato di cattura contro il fallito che non si presenti. La stessa comminatoria della legge di ritenere il fallito per bancarottiere ove non ottemperi all'accennato obbligo, convince che nessun mezzo coattivo diretto vi è per farlo rispettare. D'altra parte, i casi nei quali il tribunale di commercio (e non il giudice delegato) esercita le funzioni di polizia giudiziaria sono espressamente indicati all'art. 695. Sarebbe quindi eccesso di potere estenderli (1).

Infine, parlando del mandatario che può presentarsi, con l'autorizzazione del giudice, in luogo del fallito, io non credo che, in ogni caso, questo mandatario debba giustificare la sua rappresentanza o con mandato in forma autentica (art. 48 Cod. proc. civ.) (2) o anche solo con un verbale eretto dinanzi al giudice delegato (3). La legge non può esigere un formalismo così rigoroso in ogni caso. Ad esempio, se si tratta di indicazioni che più opportunamente possono darsi dal commesso addetto alla tenuta dei libri, e il fallito sia impedito di presentarsi in persona, pare a me che sarebbe una esagerazione imporre al mandatario la giustificazione dell'incarico a mezzo d'un documento autentico. Ripeto, non si può fissare una norma assoluta, ma può dirsi che quando si tratta di schiarimenti, d'informazioni, non potrà esigersi un mandato formale ed autentico. Tanto più che lo stesso incarico dato dal fallito al terzo di rappresentarlo, esclude l'intenzione colposa di ribellarsi all'ordine del giudice, e fa quindi esulare la figura del reato di bancarotta, che, come si è detto, è la sola comminatoria in caso di mancanza all'ingiunzione.

Art. 699.

La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data, di pieno diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni, ed anche di quelli che gli pervengano durante lo stato di fallimento.

Le azioni competenti al fallito, ad eccezione di quelle che riguardano i suoi diritti strettamente personali o estranei al fallimento, non possono essere esercitate che dal curatore.

---

di aver contravvenuto al divieto della legge, di certo non può valere a creargli una posizione privilegiata, ed esimerlo dalle obbligazioni imposte agli atti, e tanto meno dalle pene derivanti dall'inadempimento delle medesime „.

(1) Confr. VIDARI, op. cit., n. 4399.

(2) Come opinano il VIDARI ed il CUZZERI (op. cit., n. 118).

(3) Come sostiene il CUZZERI, nel luogo accennato.

Dal giorno della dichiarazione del fallimento, nessuna azione contro il fallito riguardante i suoi beni mobili od immobili e nessun atto esecutivo sui beni stessi può promuoversi o proseguirsi, se non contro il curatore.

Il tribunale, se lo giudica conveniente, può permettere od ordinare che il fallito intervenga in causa, qualora specialmente vi sia collisione d'interessi col curatore.

Il fallito ha diritto d'intervenire nelle questioni dalle quali possa dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico.

Sommario.

51. *La disposizione in esame dinanzi al Consiglio di Stato francese.*
52. *Il fallimento crea fra i creditori una* communio incidens pignoratitia — *Conseguenze.*
53. *La perdita dell'amministrazione avviene* ipso jure — *L'accordo unanime dei creditori non può far revocare la sentenza dichiarativa del fallimento pronunciata giustamente.*
54. *Da qual momento incominci la perdita dell'amministrazione — Nel conflitto di diritti, la data della sentenza non esclude la prova dell'ora in cui fu pronunciata.*
55. *Teoria fondamentale sulla capacità del fallito.*
56. *Dei diritti strettamente personali al fallito, od estranei al fallimento.*
57. *Se vi siano beni di proprietà del fallito sottratti alla procedura di fallimento.*
58. *Effetti processuali della dichiarazione di fallimento — Se e quando il fallito possa agire nell'interesse della massa — Suo diritto d'intervento nelle cause della medesima.*
59. *Delle possibili esecuzioni contro il fallito dopo la dichiarazione del fallimento.*

51. La disposizione importantissima, contenuta nell'articolo che ora si commenta, è il caposaldo dell'intero sistema, e non si può intendere, nei suoi limiti e nelle sue applicazioni, se non risalendo alla sua genesi storica.

Fu nella seduta del 26 febbraio 1807 del Consiglio di Stato francese che si presentò l'argomento (1). Il fallito — chiedevasi — deve essere espropriato dei suoi beni, oppure la legge si limiterà a privarlo della loro amministrazione e disponibilità? — Quanto è arduo il tema, altrettanto vivace ed acuta ne fu la discussione.

La sezione, incaricata di formulare il progetto, proponeva che il fallito fosse espropriato, e la proprietà dei suoi beni passasse ai creditori di pieno diritto.

Bigot-Préameneu combattè il progetto. Non si concilia, osservava, la proposta della sezione coi principii generali del diritto di proprietà, pei quali è regola fondamentale che la proprietà non si trasferisce senza il consenso del proprietario. Se i creditori vogliono costringerlo a vendere, la giustizia interviene, perchè il contratto, eretto con le necessarie solennità, si faccia nell'interesse del creditore e del fallito. Invece si propone una specie di trasferimento fittizio, senza contratto, senza prezzo determinato, senza basi; un trasferimento che non può essere definitivo perchè occorre sia seguìto dalla vendita; e che sarebbe soltanto eventuale, perchè se il commerciante, costretto a fallire, trovasse altre risorse, all'infuori della vendita dei suoi beni, potrebbe ricu-

(1) LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, XII, p. 49 e seg., ed. Bruxelles, 1837.

perarli dai creditori. Un simile trasferimento di proprietà ripugna alla natura stessa delle cose; o, piuttosto, è un errore considerarlo quale una effettiva alienazione. Esso, in alcuni casi, sarà dannoso agli stessi creditori, che correranno i rischi delle cose acquistate; *res perit domino;* mentre toglierà al debitore il movente per rialzarsi col credito e con sacrifici, pur di uscire dallo stato di fallimento. In altri casi, sarà una flagrante ingiustizia pei debitori, vittime della sventura; i quali, pur avendo un patrimonio superiore alle loro passività, se ne vedranno espropriati. L'espropriazione, per non eccedere i diritti dei creditori, dovrebbe limitarsi, in tale ipotesi, ad una parte proporzionale dei beni. Ma con quale valutazione? e quale autorità dovrà farla? con quali formalità?..... In breve: il trasferimento appariva incompatibile coi principii generali; una misura ingiusta verso parecchi falliti; dannosa spesso ai creditori; e in nessun caso richiesta dall'obiettivo, che pur si vuole raggiungere, e cioè che il fallito nè abusi, nè disponga dei suoi beni. Per questo scopo, è indifferente che egli ne conservi la proprietà, purchè l'esercizio ne sia ristretto così da impedire gli abusi; e questo si ottiene delegando l'amministrazione dei beni ai terzi e vietandone la disponibilità senza il concorso dei creditori.

Cretet difende la proposta. Il commercio, secondo lui, è sottoposto a regole particolari, che fanno eccezione al diritto comune: sicchè l'espropriazione può verificarsi nella forma speciale del fallimento. D'altra parte, l'espropriazione sarebbe limitata ai beni mobili; mentre gli immobili si sarebbero venduti con le forme ordinarie. È poi opportuno togliere l'amministrazione dei beni al proprietario che ha dimostrata la sua incapacità. Sicchè, non potendo l'amministrazione rimanere vacante, si mettono i beni sotto un sequestro che preludia l'espropriazione.

Queste parole fanno intendere come, in sostanza, l'espropriazione, proposta dalla sezione, non fosse nè universale, nè assoluta, e nemmeno una vera espropriazione (1). Non era universale, perchè limitata ai beni mobili; non assoluta, perchè sarebbe stata provvisoria. Quindi, non una vera espropriazione, ma piuttosto un sequestro, che privava il fallito dell'amministrazione e disponibilità dei suoi beni ed iniziava l'espropriazione, la quale non si sarebbe attuata che dopo la riunione e verifica di tutti i creditori. Tuttavia, secondo la sezione, per raggiungere rapidamente ed economicamente gli effetti di un'amministrazione generale dei beni, centralizzata, occorreva espropriare il fallito, affinchè l'amministrazione potesse procedere regolare e senza ostacoli anche se il fallito si fosse assentato o nascosto. D'altra parte, soggiungeva Regnaud, chi fallisce riconosce col fatto che il suo passivo eccede l'attivo, e che quanto gli resta appartiene ai suoi creditori e deve essere diviso fra essi. — Ma Berenger, di rimando, faceva notare che chi non paga confessa soltanto di non aver mezzi *attuali* per farlo; e che la supposizione che i soli beni presenti sieno devoluti dal debitore a soddisfare i creditori, passando in loro proprietà, danneggia questi, perchè sottrae loro quei beni che il fallito può acquistare successivamente durante lo stato di fallimento.

Treilhard e Corvetto, associandosi al Bigot-Préameneu, adducono nuovi argomenti per combattere la proposta della sezione. — Dacchè, osservavano, si voleva istituire la *saisine des créanciers*, era necessario eliminare ogni equivoco. Non vi può essere espropriazione provvisoria, perchè la proprietà, per sua natura, non può restare in sospeso: non abbandona una persona che per fissarsi sopra un'altra. I principii si ribellano a che si cumuli sul medesimo capo la qualità di creditore e quella di proprietario

(1) LOCRÉ, *Esprit du Code du commerce*, III, p. 61, Paris, 1829.

dei beni del debitore: l'una qualità esclude necessariamente l'altra, quando il bene, che sarebbe oggetto della proprietà, è anche il pegno del creditore. Quanto doveva farsi pei creditori era questo soltanto: affidare ad essi l'amministrazione dei beni del fallito.

Janet dichiara che il fallimento non può assolutamente portar seco l'espropriazione del debitore, nè investire i creditori della proprietà. La vera dottrina su questa materia, egli dice, ci fu trasmessa dalle leggi romane, e si restringe a questi due punti: 1° il fallito perde l'amministrazione dei suoi beni, acciò non commetta frodi a danno dei creditori; 2° nessun creditore può spiegare azioni individuali sui beni del fallito. Non si devono estendere al di là di questi limiti gli effetti del fallimento.

Chiusa la discussione, dopo altre secondarie osservazioni, il Consiglio, respingeva l'avviso della sezione — che cioè il fallimento operi l'espropriazione del fallito — e approvava l'articolo formulato dal Jaubert in questi termini: « Dal giorno del fallimento il fallito perde l'amministrazione dei suoi beni, diritti ed azioni: — *A compter du jour de la faillite, le failli sera dessaisi de l'administration de ses biens, droits et actions* ».

Concludendo: dalle fonti legislative della disposizione in esame rimane stabilito che si volle soltanto spossessare il fallito dell'amministrazione dei suoi beni. — È, per ciò, escluso il concetto obbiettivo della *espropriazione*, e quello subbiettivo della *interdizione* del fallito. Il primo, perchè riconosciuto contrario ai principii del diritto: errato nelle basi; dannoso nelle conseguenze; eccessivo per lo scopo che si vuole raggiungere. — Il secondo, perchè la perdita dell'amministrazione riflette i beni, non la persona del fallito. Non si vuole che questi disperda il patrimonio o ne abusi. Per conseguenza: nei riguardi del diritto privato, non si colpisce di incapacità il fallito, che in quanto è necessario per ottenere questo intento. Spogliato dell'amministrazione dei suoi beni, il fallito rimane tuttavia capace di spiegare utilmente la sua attività, appunto perchè le restrizioni che lo colpiscono non intaccano la sua personalità giuridica se non in quanto è richiesto dal pegno legale costituito a favore dei creditori sul suo patrimonio.

52. Per dare, in una formula sintetica, la figura giuridica dell'istituto creato dalla disposizione in esame, direi che è una *communio incidens pignoratitia*. I creditori, cioè, si trovano riuniti, senza il concorso della propria volontà, nell'amministrazione del patrimonio del comune debitore; quel patrimonio è il pegno legale che, tenuto calcolo dei diritti di poziorità legittimamente acquisiti, deve soddisfare i creditori in ragione dei rispettivi loro crediti. Il diritto di credito si trasforma col fallimento in un diritto al dividendo, e cioè a percepire una quota proporzionale del pegno comune. Tale quota è astratta finchè non si attua la vendita dei beni del debitore; e si concreta o nel ricavato della vendita di mano in mano che si effettua; o nel percentuale del concordato, se, alla conversione in denaro del pegno, i creditori preferiscono di ricevere dal debitore o da un terzo, il dividendo (che ne sarebbe l'equivalente), abbandonando il diritto pignoratizio loro spettante sul patrimonio del fallito.

Conseguenze di questa teorica

1ª La proprietà dei beni rimane al fallito (1). « *Possessio et proprietas bonorum decocti non tollitur a persona decocti propter sequestrum a judice factum, neque proprietas et possessio bonorum sequestratorum transit ad deputatos seu in administra-*

(1) Per la legislazione inglese (art. 54 della legge 25 agosto 1883), non riuscito l'accordo fra creditori e debitore, e pronunciato il fallimento, il fallito perde invece la proprietà del suo patrimonio. Ma per lo stadio processuale in cui l'espropriazione si attua, questa misura si giustifica.

tores, sed solum custodia et administratio, cum lis non vertatur super possessionem aut proprietatem bonorum, sed solum ut, his venditis, satisfiant creditores „ (1). " *Creditores bona debitoris, qui foro cessit, inter se dividere non possunt, tamquam domini... sed possunt in unum convenire et curatorem bonorum eligere, per quem bona distrahantur* „ (2). La massa dei creditori non è, dunque, un successore, nè universale, nè particolare, del fallito. La eredità commerciale, raffigurata nel fallimento, può essere una frase elegante, ma esprime un concetto giuridico censurabile, perchè falso (3).

Rimanendo, pertanto, la proprietà dei beni al fallito, ne consegue, nei riguardi fiscali, che nessun diritto di trasferimento deve pagarsi, tanto al momento in cui si verifica il fallimento, perchè la proprietà dei beni non passa ai creditori; nè alla chiusura del fallimento, che abbia luogo a mezzo del concordato, perchè la proprietà non ritorna al fallito, non avendo mai cessato di appartenergli (4).

2ª Il possesso, l'amministrazione, e il governo in titolo del patrimonio passano alla massa dei creditori, rappresentata dal curatore. Il fallito resta con la sola qualità di *cointeressato* al buon governo, alla custodia, alla retta e leale amministrazione del patrimonio dimesso (5).

3ª " Chi ha il possesso e il governo del patrimonio fa i contratti necessari alla buona amministrazione o liquidazione del medesimo, promove in giudizio contro ai terzi le azioni utili, riceve e discute le azioni passive promosse dai terzi; e tali uffici, che prima del fallimento spettavano al proprietario, si devolvono, pronunciato il fallimento, alla massa. Quello, poi, o quelli che rivestano la sola qualità di *cointeressato*, sono esclusi dal governo diretto, ma impugnano gli atti fraudolenti, promovono *in sussidio* le azioni attive ostinatamente trascurate dall'amministratore *in titolo*, e possono essere ammessi ad intervenire nei giudizi pendenti fra l'amministratore e i terzi a conservazione del loro interesse, qualora ne sorga evidente l'opportunità. Ora, la qualità di *cointeressato*, che prima del fallimento apparteneva alla massa dei creditori; dopo il fallimento, che muta le veci, e investe la massa del diretto governo patrimoniale, passa al debitore fallito. Il quale, per conseguenza, eserciterà i tre diritti annessi alla qualità medesima che riceve in luogo del perduto possesso del patrimonio „ (6); e cioè: *a*) di far annullare per proprio conto gli atti sleali di amministrazione o di procedimenti giudiziali intesi a defraudarlo, benchè sanzionati da sentenze; *b*) di promovere direttamente in giudizio le azioni utili, a lui spettanti, qualora il curatore, a cui è devoluto *in titolo* il governo del suo patrimonio, legalmente eccitato a valersene, non le promova; *c*) di intervenire nei giudizi pendenti fra il curatore e i terzi, quando emerga l'interesse suo speciale di farlo.

4ª La incapacità, da cui è colpito il fallito, è *relativa*. La dichiarazione di fallimento, cioè, ha influenza esclusivamente sull'esercizio dei diritti che presentano un interesse pecuniario o patrimoniale; e,

(1) Rocco, *De decoctione*, n. 155, nota 52.

(2) STRACCHA, *De decoctoribus*, parte VII, n. 4 e 6.

(3) Il BORSARI (*Commento al Cod. di comm.* del 1865, n. 1750) svolge appunto il concetto che si tratti di eredità vacante del fallito personificata dai sindaci, che l'amministrano *loco decocti*. — Veggasi nello stesso senso DELAMARRE ET LE POITVIN, *Commentaire du Code du comm.*, VI, n. 69.

(4) Si consulti la nota del DALLOZ alla decisione 30 marzo 1875 della Cassazione di Francia (*Recueil pér.*, 1875, I, 353).

(5) PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, p. 311.

(6) PESCATORE, op. cit., nella monografia: *Dei sindaci del fallimento e del fallito in riguardo al diritto di costituirsi parte civile*. È una illustrazione della sentenza della Cassazione di Torino, 19 giugno 1872, ric. Vanzina (*La Giurisprudenza*, 1872, p. 401).

anche su questi, nei limiti richiesti dalla tutela dei diritti dei creditori, non mai nel senso di soppressione di capacità giuridica o di confisca dell'attività economica del debitore.

È noto come il fallimento si considerò dapprima quale misura afficiente lo statuto personale, e cioè quale diminuzione di capacità giuridica del fallito considerato siccome morto civilmente: " *Omnes profitentur debitorem fallitum seu decoctum mutare statum et pro morto censeri atque nec velle nec nolle habere* „ (1). " *Decoctor propter ruptam fidem videatur mortus* „ (2). " *Adeout qui sub eadem decoctionis tabe opprimuntur, non habeant velle nec nolle* „ (3).

Fu in seguito, col progresso delle idee, che prevalse il carattere reale del fallimento, quale misura esecutiva che, in tanto colpiva la persona del fallito, in quanto era necessario per togliergli l'amministrazione del patrimonio. Apparve allora netto il criterio che ogni restrizione personale del fallito era determinata dalla restrizione patrimoniale (4).

5° La massa dei creditori agisce in confronto dei terzi (e cioè di quanti hanno interessi opposti all'interesse comune) quale ente collettivo, quale persona giuridica. Sono inutili le divagazioni, e le sottigliezze. Quando un ente può acquistare diritti, assumere obbligazioni e stare in giudizio pel patrocinio dei propri interessi, ha una personalità giuridica (5). In tale condizione si trova appunto la massa. Se non che — questo è importante a notarsi — il rapporto che unisce i creditori fra loro, e i creditori al debitore, non è di società, perchè non ha per base la volontà dei componenti, per iscopo il conseguimento di un guadagno. Il rapporto è una *comunione* casuale, *incidens*. " Il suo oggetto, se non sono i beni del debitore, è però il *vincolo* impresso sugli stessi a favore della massa in seguito all'apertura del fallimento „ (6). Brevemente: è la comunione pignoratizia, giacchè il vincolo è costituito appunto dal pegno legale comune.

Ribadisco qui un pensiero, fugacemente accennato, perchè dovrà essere in seguito tema di studio e premessa necessaria a molte e importanti illazioni. La comunione pignoratizia non la restringo ai creditori; vi includo anche il debitore. E dico, appunto, che il fallimento produce fra creditori e debitore una comunione d'interessi, sorta di diritto con la sentenza dichiarativa di fallimento, e avente per iscopo l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio del fallito, che costituisce il pegno comune. Includo il fallito nella comunione, perchè, pur prescindendo dal rilevare che ove il patrimonio fosse superiore al passivo, il residuo spetterebbe al debitore, mi sarà facile, nello svolgimento successivo della materia, dimostrare come il fallito abbia tale un interesse economico e giuridico colle-

(1) Salgado de Somoza nel suo curioso *Labyrintus creditorum concurrentium* (xxviii, n. 2 e 3), labirinto che non è se non la procedura di fallimento, per cui il libro dovrebbe servire da filo di Arianna!

(2) Scaccia, *De comm.*, al § 2, Gloss. 5, n. 329.

(3) Ansaldo, *De comm. et merc.*, xxxviii, n. 32, in cui riferisce l'opinione conforme del cardinale De Luca, *De cambiis*, disc. 32, n. 15.

(4) Svolsi già tale criterio al n. 13 di questo Commento, trattando dell'effetto estraterritoriale della sentenza dichiarativa del fallimento.

(5) Sono specialmente i tedeschi che rifuggono dall'attribuire una personalità giuridica ad associazioni di interessi privati, nelle quali il capitale sociale appartiene ai membri ed è amministrato da essi. La disputa è però viva anche in Italia a proposito della personalità giuridica delle società commerciali. Si sostiene, cioè, che si tratti di una collettività di interessi, non di vere persone giuridiche; e la legge commerciale si conforma a questa opinione (articolo 77 ult. al.). Queste disquisizioni sottili perdono nella pratica ogni valore, quando si riconosce, come è detto nel testo, che la collettività ha diritti ed obbligazioni proprie, e sta in giudizio, appunto quale collettività, per tutelarle.

(6) Sacerdoti, *Del fallimento, teoria fondamentale*, p. 76.

gato a quello dei creditori nell'amministrazione e nella liquidazione dei suoi beni, che trascurarne la *cointeressenza* nella comunione è un errore, causa di questioni molteplici, le quali, con questo più preciso concetto, svaniscono.

6ª La comunione pignoratizia non è ristretta ai beni che appartengono al debitore al momento in cui si apre il fallimento, ma si estende anche a quelli che, per qualsiasi titolo, oneroso o lucrativo, gli perverranno durante lo stato di fallimento. Su questo punto la legislazione francese ed italiana discordano dalla legislazione germanica. Il criterio di questa legislazione è che i creditori non hanno diritto se non ai beni che appartengono al comune debitore al momento dell'apertura di fallimento (1). I tedeschi ragionano, sostanzialmente, così. La garanzia astratta, che i creditori hanno sui beni del debitore, diventa effettiva con la pronuncia del concorso. Tale garanzia non può dunque essere diversa da quella che il debitore offriva, allorchè contrasse le obbligazioni insoddisfatte. I suoi beni, subiscono, è vero, giornalmente una modificazione: si accrescono, diminuiscono, o mutano natura. Ma, a queste vicissitudini, i creditori sapevano già di essere esposti. E quando vogliono arrestarle, e la condizione del debitore ne concede loro il diritto, immobilizzano, a così esprimermi, la garanzia. Ma non possono pretendere che sia maggiore dell'attuale, estendendola alle risorse future. Il fallimento è un mezzo di esecuzione, che si distingue dagli ordinari, solo perchè sostituisce l'azione collettiva alla individuale. E come l'esecutante non ha che i beni esecutati per soddisfare le sue pretese, sebbene altri creditori concorrano con lui; del pari, i creditori, col fallimento, convertono i loro crediti in un diritto proporzionale sulla sostanza del debitore, che effettivamente esiste all'apertura del concorso e che è la sola garanzia cui potevano pretendere (2).

Per noi, invece, l'art. 699, applicando un principio consacrato dal Codice civile (articolo 1949) estende, come s'è detto, il diritto di pegno dei creditori anche ai beni che pervengono al fallito durante lo stato di fallimento. *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno:* la obbligazione ha una esistenza consecutiva, e, fino alla sua completa estinzione, assorbe ogni attività del debitore. Anzi, è così rigida questa massima, e così rigorosamente applicata, da concedere ai creditori perfino il diritto d'impedire che il debitore non accresca in loro pregiudizio il suo patrimonio, quando ciò gli sarebbe possibile (art. 949 e 1234 Cod. civile).

Orbene: tenuto calcolo di questa sostanziale differenza, potrebbe forse, a fil di logica, dedursi che mentre il fallimento è, senza dubbio, per la legislazione germanica un mezzo di esecuzione collettiva; per la legislazione francese e patria è piuttosto una comunione avente per oggetto l'amministrazione e la liquidazione del pegno comune. E questo dico, tenendo calcolo della efficacia consecutiva che spiega il diritto dei creditori sui beni futuri; i quali, al momento in cui si apre il fallimento, non sono suscettibili di una misura esecutiva; mentre possono, quali diritti *in spe*, essere soggetti *ex tunc* al pegno legale. Tanto, per esattezza scientifica. Di fronte però al diritto positivo, resta fermo che la comunione non rappresenta se non l'azione esecutiva comune dei creditori sostituita alle esecuzioni individuali (3).

(1) Questo criterio risulta dai §§ 1 e 11 dell'Ordinanza germanica sui concorsi, 10 febbraio 1877. Si vegga il mio studio pubblicato nel *Manuale di legislazione universale* del FIORETTI, appendice al vol. XIII, parte II.

(2) Cons. G. v. WILMOWSKI, *Deutsche Reichs-Konkursordnung*, Berlin, 1885, e l'accennato mio studio *La legge germanica sui concorsi e la legislazione patria sul fallimento.*

(3) Non mi sembra perciò concetto irreprensibile quello del THALLER (*Des faillites en droit comparé*, Paris, Rousseau, 1887) che ravvisa nel fallimento

Accennate così sommariamente le conseguenze che possono desumersi dalla figura giuridica attribuita al fallimento, è conforme all'indole di questo lavoro, rivolto più che altro ai bisogni della pratica, di passare alla analisi particolareggiata dei casi e delle questioni a cui quelle conseguenze offrono argomento.

53. " La sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data, *di pieno diritto*, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni „ — così la prima parte dell'articolo che si commenta.

La perdita dell'amministrazione avviene *ipso jure*, per effetto della sentenza dichiarativa del fallimento; non occorre quindi alcun provvedimento speciale che la ordini. Questa norma è tolta dall'antico diritto italiano che assimilava la perdita dell'amministrazione da cui è colpito il fallito a una cessione dei beni operata in forza della legge (1). " *Decocti actiones et jura, ipso jure, transeunt in creditores in vim cessionis legalis* „ (2). I creditori, pertanto, non possono ritardare l'applicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, nè restringerne gli effetti; perchè il momento della sua applicazione e le conseguenze che dalla dichiarazione derivano sono stabilite dalla legge.

Ma possono i creditori, tutti consenzienti — o perchè pagati del loro avere dopo la dichiarazione del fallimento, o perchè, dopo di questa, concedettero dilazioni o riduzioni al debitore — chiedere che il fallimento sia revocato, e debba ritenersi siccome non dichiarato? La tesi offrì campo di larga discussione e nella dottrina e nella giurisprudenza francese ed italiana (3).

In sostanza, quelli che ammettono l'efficacia dell'accordo, ravvisano compromesso nel fallimento il solo interesse dei creditori. Se questi convengono di far revocare lo stato di fallimento del debitore, nessun ostacolo legale può attraversare il loro scopo. La cessazione dei pagamenti più non esiste quando i creditori, o furono soddisfatti, o protrassero spontanei le scadenze dei loro crediti.

A questa opinione si contrappongono i seguenti argomenti. Se pur il fallimento non è materia d'ordine pubblico, tuttavia esso involge un interesse sociale, sotto il doppio rapporto delle ragioni economiche e del riguardo dovuto al pubblico credito. È perciò che il fallimento può pronunciarsi d'ufficio; può ordinarsi la cattura del fallito; questi è colpito da certe incapacità riflettenti i suoi diritti di cittadino; è sottoposto a procedura penale; e gli effetti di questa non possono revocarsi, nei casi permessi dalla legge, se non in seguito a deliberazione del tribunale. Dunque, se il fallimento fu giustamente dichiarato, perchè ne ricorrevano gli estremi, non può permettersi ai creditori di distruggerne a loro volontà gli effetti. Il fatto posteriore del pagamento, o delle protrazioni concesse, non infirma un giudizio legalmente reso, non può avere efficacia retroattiva per far ritenere ingiusto quanto era giusto, e dichiarare che non era fallito, chi effettivamente lo era al momento in cui la sentenza dichiarativa fu pronunciata.

Io sono favorevole a questa seconda opinione. — Dichiarato il fallimento, e non contestata l'esistenza degli estremi di legge per tale dichiarazione, il giudizio non può annullarsi, ma deve cessare nei casi e con le

una associazione tra creditori e debitori (vol. I, n. 96), tanto più che al n. 104 corregge la dicitura e parla egli pure di comunione. E ricordo questo illustre pubblicista a titolo d'onore, giacchè reputo l'opera sua la più meditata ed originale che sia uscita in questi ultimi tempi sull'argomento.

(1) Massé, *Le droit comm. et ses rapp.*, II, n. 1179.

(2) Casaregis, Disc. 53, n. 13 e Disc. 56, n. 47.

(3) Le autorità dottrinali e giurisprudenziali sono riferite con esattezza in una buona sentenza della Corte d'appello di Venezia, e ad essa senza altro mi rimetto (decisione 13 luglio 1880, Ostani, Gentili c. Galvani, est. Puppa, *Temi Veneta*, V, p. 415).

formalità prescritte dal Codice. E poichè il fallimento cessa soltanto, o per la mancanza di attivo ulteriore da dividere (articolo 817); o con la omologazione del concordato stragiudiziale o giudiziale (art. 830 e 831) — equivalendo la moratoria, per questo riguardo, al concordato (art. 825 ult. al.); — o col pagamento integrale dei creditori (art. 816) — così l'accordo unanime dei creditori non può bastare per metter nel nulla un giudizio, il quale, per di più, non ha il solo obbiettivo di tutelare gli interessi privati, ma, una volta instaurato, ha influenze decisive d'interesse sociale. L'accordo dei creditori non può modificare il sistema architettato dalla legge per la tutela di questo interesse, nè reintegrare il fallito nella pienezza dei suoi diritti. Per raggiungere questo scopo bisogna seguire la procedura tracciata dal legislatore. E quindi potranno i creditori, anche subito proferita la sentenza dichiarativa, convenire col debitore per far cessare il procedimento con un concordato. Ma non potranno mai pretendere che si ritenga siccome non avvenuta la dichiarazione, e quindi revocate, per effetto *esclusivo* del loro accordo, le conseguenze del fallimento.

54. Da qual momento cominciano gli effetti della privazione dell'amministrazione?

La tesi, in apparenza modesta, può essere grave di conseguenze nella pratica. Il terzo che fa una operazione col fallito, o compie un atto verso di lui nello stesso giorno in cui la sentenza è pronunciata, agisce validamente? La indisponibilità del patrimonio, comincia dalla prima ora del giorno in cui è pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, o solo dall'ora in cui questa effettivamente si pronuncia?

Gli autori francesi, quasi unanimi, ammettono che la privazione dell'amministrazione comincia dalle prime ore del giorno in cui la sentenza è proferita. Adducono queste ragioni: — l'art. 443 del Codice francese fa decorrere *le dessaisissement* dalla DATA della sentenza; ora le sentenze non indicano l'ora in cui sono pronunciate; — l'art. 448 di quel Codice consente di iscrivere ipoteche e privilegi validamente acquistati FINO al giorno della sentenza dichiarativa del fallimento; dunque non si possono iscrivere lo stesso giorno (1).

Questa soluzione deve valere anche di fronte al nostro Codice?

(1) Cito i principali autori: DEMANGEAT, v, p. 79 (in nota al BRAVARD-VEYRIÈRES di opinione contraria, volendo che gli effetti decorrano dalla pubblicazione); MASSÉ, II, n. 1181; LYON-CAEN et RENAULT, n. 2656 e le decisioni citate da questi autori; BOISTEL, n. 908 e 920. — La Corte di Orleans ha fatto di questo insegnamento una singolare applicazione nella sua sentenza dell'8 novembre 1859 (DALLOZ, *Recueil*, 1859, 2, 219). Il Cod. di comm. francese (art. 597) punisce con pene correzionali il creditore che, con particolari convenzioni, si procuri un vantaggio a carico dell'attivo del fallimento. Orbene: un creditore, il giorno stesso della dichiarazione di fallimento, ma prima della sua dichiarazione, si fa rimettere dal fallito dei valori con cui si copre dell'ammontare del suo credito. La Corte punisce il creditore in base all'accennato articolo, motivando: che non importava che la rimessa fosse stata fatta nello stesso giorno della sentenza dichiarativa, e *prima* che questa fosse stata pronunciata, perchè i suoi effetti risalivano alle prime ore del giorno della sua data. — Osserva giustamente l'annotatore del Dalloz, che se gli effetti civili della sentenza dichiarativa retroagiscono al principio del giorno in cui è emanata, ciò si verifica per una finzione della legge. Ma quando si tratta di decidere se un fatto determinato costituisce o no reato, bisogna lasciar da parte le finzioni e non tener calcolo che della realtà. Un fatto che sfuggiva ad ogni repressione allorchè fu compito, non può, razionalmente e moralmente, divenire passibile di tale repressione in causa di un avvenimento che si è verificato posteriormente, sebbene nel medesimo giorno.

Elimina ogni questione la legge concorsuale germanica con disposizioni specifiche. Essa impone che la sentenza di fallimento menzioni l'ora della sua pronuncia (§ 100). In caso di ommissione, presume che sia stata pronunciata al mezzogiorno. Ogni atto fatto in quel giorno si presume *posteriore* alla pronuncia, *salvo prova contraria* (§ 6, alinea 3). La legislazione tedesca eccede anzi in iscrupoli; e, per misura di equità, consente al terzo, che ha pagato il fallito, di provare che il fallimento gli era ignoto, sebbene la sen-

Il primo argomento rimane inalterato di fronte all'art. 699 che accenna alla DATA della sentenza, come punto di partenza della perdita dell'amministrazione. E del suo valore dirò più innanzi. — Il secondo argomento, che non mi sembra decisivo nemmeno di fronte alla legislazione francese (1), lo è tanto meno con la nostra; giacchè l'art. 710, che si occupa delle iscrizioni ipotecarie prese in base ad un titolo valido, le riconosce efficaci, *purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento.* E la voce *anteriori* non esclude che le iscrizioni sieno prese validamente lo stesso giorno, purchè in ora precedente alla pronuncia della sentenza dichiarativa. E nemmeno decisivo è l'art. 707, che dichiara nulli tutti gli atti e le operazioni del fallito e tutti i pagamenti da lui eseguiti DOPO la sentenza dichiarativa del fallimento. Perchè l'avverbio DOPO non include affatto il concetto che debba calcolarsi il giorno intero in cui la sentenza è emanata; anzi, l'opposto. — È poi inesatto dire che, nella ipotesi che si esamina, non è questione di buona fede, ma di capacità, la quale deve risolversi coi principii che valgono in caso di interdizione o di minore età (2). Già fu detto e dimostrato che si tratta di *indisponibilità* di beni, non di *interdizione.* E appunto perchè la questione è tutta oggettiva, diviene risolvente la prova che il vincolo patrimoniale decorre da un momento piuttosto che da un altro. O che si ragionerebbe diversamente se, effettuato un pignoramento, un terzo provasse di avere, *in buona fede*, acquistati gli oggetti pignorati lo stesso giorno della esecuzione, ma in ora precedente alla stessa?...

Dunque l'unica obbiezione, apparentemente seria, è questa: che le sentenze non indicano l'ora in cui sono proferite. Ma non è però insuperabile. Perchè se è vero che le sentenze non portano l'ora della loro pronuncia; se non è prescritto dalla legge che abbiano questa indicazione (art. 360, n. 8, Cod. proc. civ.), non è però vietato al creditore di offrire, anche a mezzo di testimoni, questa specifica indicazione, nel caso in cui sorga conflitto fra due atti, e la validità di uno — la iscrizione ipotecaria (che non deve contenere nemmeno essa l'ora in cui fu presa, art. 1987 Cod. civ.) — dipenda dall'essere stato compito prima dell'altro — della pronuncia, cioè, della sentenza dichiarativa del fallimento. Insomma: l'escludere, senza più, l'anteriorità di un atto all'altro, solo perchè nè per l'uno nè per l'altro si esige dalla legge la indicazione dell'ora in cui si sono compiuti, è argomento diretto a far prevalere il formalismo alla constatazione della verità; una finzione irrazionale all'accertamento di un fatto, che, sebbene difficilmente, tuttavia può stabilirsi. Anzi vo più in là: e ammetto che se le risultanze della prova lasciassero un dubbio, dovrebbe prevalere l'avviso della validità della iscrizione: in omaggio al principio che deve accogliersi l'opinione favorevole alla conservazione di un atto, *compito in buona fede*, piuttosto che quella che lo annulla (3).

---

tenza fosse *pubblicata*, facoltizzando la massa a fare la prova contraria. Ora, queste eccessive agevolezze alla buona fede sono indubbiamente di ostacolo al rapido svolgersi e compirsi della procedura di fallimento.

(1) Di questo avviso è anche THALLER, op. c., I, n. 88, p. 390.

(2) Così, appunto, si esprime CUZZERI, nel suo *Commento al libro* III *del Cod. di comm.*, n. 122.

(3) È notevole che il BOISTEL (*Précis de droit comm.*, n. 916) — sulle traccie del DEMANGEAT (v, p. 288), dell'ALAUZET (n. 2537) e del MOURLON (*Transcription*, n. 658 e 873) — ammette che la invalidità dell'iscrizione ipotecaria, presa nello stesso giorno della sentenza dichiarativa, non si applica alla rinnovazione di iscrizioni ipotecarie e alla iscrizione di ipoteche legali tacite, anche se la dispensa di iscriverle è cessata, perchè non si tratta di consacrare diritti nuovi, ma di preservarli. Apparisce però subito la povertà dell'argomento, giacchè se il divieto esistesse, non potrebbe essere, nell'interesse dei terzi, che assoluto. È la gravità delle conseguenze che fa deviare dalla rigorosa applicazione di un principio, il quale,

La questione fu sottoposta alla Corte di appello di Parma, e da essa risolta, con una buona sentenza, nel senso della ammissibilità della prova testimoniale diretta a stabilire che la iscrizione ipotecaria era stata anteriore alla pronuncia della sentenza dichiarativa del fallimento. Ecco la parte sostanziale della motivazione (1):

" All'idea d'intendere il giorno come una indivisibile unità di tempo, portante per necessità una perfetta contemporaneità tra fatti diversi accaduti nei diversi periodi che lo compongono, resiste apertamente il disposto dell'art. 2007 Cod. civile, giusta il quale l'ipoteca produce effetto dal *momento* (non dal giorno) della sua iscrizione; nonchè il disposto dell'art. 2008, il quale determina il grado delle ipoteche secondo il *numero d'ordine* della iscrizione, numero che, progredendo man mano secondo che le note vengono presentate, segna appunto i vari momenti del giorno in cui le ipoteche vengono rispettivamente iscritte.

" Non vale obbiettare che le accennate prescrizioni di legge servono unicamente a regolare i reciproci rapporti fra i creditori ipotecari.

" Imperocchè, stabilendosi per esse da quando cominci ad aver vita ed efficacia un'ipoteca, colui al quale se ne contrasti codesta vita ed efficacia ha diritto di vederla misurata all'unica stregua stabilita, senza limitazione di casi e di effetti, dalla legge che ne governa l'istituto, e non può non difenderla coll'armi da quella amministrategli.

" Non mancano esempi nella patria giurisprudenza i quali sanzionano il principio fin qui posto; ed è segnatamente notevole una sentenza del supremo magistrato torinese (19 febbraio 1873, Muggia e Foà, *Monitore*, 1873 p. 265) relativa ad una specie analoga alla presente, e forse meno favorevole all'assunto fin qui propugnato; nella quale, impugnandosi una vendita d'immobili fatta da un debitore nello stesso giorno in cui il creditore aveva trascritto il precetto di pagamento portante comminatoria d'esecuzione sopra gl'immobili stessi, fu deciso che l'art. 2085, secondo il quale, dalla data della trascrizione del precetto, il debitore non può alienare i beni in quello designati, deve intendersi nel senso che il divieto cominci dal momento in cui la trascrizione venne eseguita, significando la data, non semplicemente il giorno, ma l'ora ed il momento del giorno in cui un atto venne eseguito, in applicazione della qual regola venne colla stessa sentenza dichiarato ammissibile l'esame testimoniale tendente a provare che la vendita aveva nello stesso giorno preceduto la trascrizione.

" Riconosciutasi così favorita dall'articolo 710 Cod. commerciale, la ipoteca Micheli, e riconosciutosi altresì che, nel conflitto fra questa e la sentenza dichiarativa del fallimento Prati, debba prevalere quello dei due atti, verificatisi nello stesso giorno, che, nel relativo ordine del tempo, precedette l'altro, resta a vedere se sia ammissibile la prova testimoniale proposta dall'appellante per istabilire tale precedenza.

" In ordine a tale ammissibilità si obbietta dalla parte appellata il divieto dell'art. 1341 Cod. civile alla prova testimoniale contro ed in aggiunta al contenuto in atti scritti.

" Per altro, prescindendo pure dal notare che nella fattispecie non trattasi di obbligazioni o contratti, è certo che, mirandosi semplicemente dall'appellante a stabilire con tal mezzo che, mentre la sua ipoteca fu iscritta nel mattino del 19 aprile, la sentenza dichiarativa del fallimento fu pronunciata nel pomeriggio dello stesso giorno, in nulla si contraddice ai risultati dei relativi atti, la nota cioè d'iscrizione e la sentenza

appunto dalla enormezza di quelle conseguenze, si dimostra erroneo.

(1) Decisione 26 ottobre 1888, Micheli c. fallimento Prati, est. Marinelli (*Monitore dei tribunali*, 1889, p. 33).

suddetta, giacchè l'una e l'altra portano l'indicazione di quel giorno, nè il precisare in qual'ora quegli atti si verificassero importa opposizione veruna alla indicazione medesima.

" Nemmeno può dirsi che, col mezzo di testimoni, s'intenderebbe nel caso fare una prova in aggiunta al contenuto in quegli atti; e ciò non tanto perchè la data d'un atto non può in sostanza confondersi col contenuto di esso, quanto perchè, non essendo dalla legge prescritto nè nelle note ipotecarie (art. 1987 Cod. civ.) nè nelle sentenze (art. 360 Cod. proc. civ.) che la data discenda fino a precisare l'ora, codesta ulteriore più minuta specificazione, che non deve di regola essere contenuta in tali atti, diventa un fatto materiale, un fatto puro e semplice, che, quantunque suscettibile di effetti giuridici, non è per sè stesso un fatto giuridico, e si può senza violare il divieto dell'articolo 1341 provare per mezzo di testimoni (Laurent, *Princ. de droit civ.*, XIX, n. 478) „.

55. Quando si ricordi che il fallimento non colpisce la persona del fallito che in quanto è necessario per ottenere lo scopo della inalterabilità del suo patrimonio nell'interesse dei suoi creditori, s'intende anche perchè il fallito non possa farsi forte del suo stato per impugnare le obbligazioni contratte durante il fallimento (1). I suoi contratti lo obbligano come se non fosse fallito; solo che, durante il fallimento, non possono nè accrescere il passivo, nè diminuire l'attivo, nè profittare a qualche creditore a danno degli altri. Ma ove il fallito ritorni a miglior fortuna, quei contratti si potranno far valere sui nuovi beni disponibili, ed anche su quelli che prima erano colpiti dalla indisponibilità, se i creditori del fallimento furono altrimenti soddisfatti.

Anzi, è così fermo il principio della validità delle obbligazioni contratte dal fallito anche durante lo stato di fallimento, che quand'anche i creditori ne chiedessero ed ottenessero l'annullamento, il fallito resterebbe egualmente obbligato. L'annullamento non riflette che la massa dei creditori, la quale non deve subire le conseguenze dannose degli atti del fallito, e solo potrebbe essere tenuta a risponderne in quanto si fosse per essi arricchita. Quindi, in caso di vendita fatta dal fallito, e annullata sulla domanda dei creditori, il compratore, che ha pagato il prezzo al fallito, si vedrà spogliato della cosa venduta, salvo il regresso personale contro il fallito. Nè avrà azione contro la massa, per farsi restituire il prezzo, se non nel caso e per quanto ne abbia profittato (2).

Conseguenza di ciò che si è detto è che il fallito può devolvere la propria capacità e la propria attività nell'esercizio di una industria, di un commercio; entrare in società, ecc. (3) — come largamente si è già dimostrato al n. 49 — semprechè egli non impegni in queste diverse imprese i beni dei quali il fallimento gli ha tolta l'amministrazione, e semprechè i vantaggi pecuniari

(1) " Il fallito, essendo privato dell'amministrazione dei beni nell'interesse dei creditori, conserva, malgrado questa perdita, la capacità di acquistare, di alienare e di obbligarsi; e non può quindi prevalersi del suo stato di fallito per far annullare gli atti che ha consentito posteriormente alla dichiarazione di fallimento siccome emanati da un incapace. Per conseguenza, mentre i creditori possono domandare la nullità degli impegni assunti dal fallito, questi non può chiederla „. DALLOZ, *Répertoire*, voce: *Faillite*, 198, e con lui tutti gli scrittori. — Conf. Cass. di Firenze, 5 agosto 1880, Bottari c. Del Puglia (*Temi Veneta*, v, p. 505).

(2) MASSÉ, *Le droit comm.*, II, n. 1193.

(3) " Se il fallimento rende inabile il commerciante ad assumere nuove obbligazioni, che vadano a colpire i beni già passati alla massa dei suoi creditori, non gli impedisce però di valersi della propria personale attività, e così di entrare a far parte di una associazione, come socio d'industria „. Appello di Lucca, 5 aprile 1878, Casalegno c. Credito mobiliare italiano (*Raccolta della giur. it.*, XXX, 2, 387).

che potrà ricavare sieno devoluti alla massa dei creditori. Mi spiego.

Il fallito, privato dell'amministrazione dei suoi beni, non può aggravare o modificare la condizione dei suoi creditori. Quindi non può nella nuova industria o nel nuovo commercio esporre capitali o beni che, sebbene gli appartengano, sono però colpiti dal vincolo della indisponibilità. Ma egli può trovare nuove risorse, ricorrendo a parenti, ad amici, e anche al credito, e quindi crearsi la nuova industria e il nuovo commercio con valori estranei al patrimonio caduto nel fallimento. Perde? La perdita non danneggia la massa. Colpirà coloro che corsero la fede del fallito o vollero aiutarlo. Guadagna? Ed in tal caso, *gli utili netti* apparterranno alla massa. E dico "utili netti„ perchè i profitti, spettando alla massa nella rappresentanza del fallito, la massa deve riconoscere e soddisfare gli oneri che il fallito ha assunti per conseguirli. Così, se taluno ha somministrato capitali al fallito, e pose per condizione un diritto di priorità sugli utili del commercio fino al completo rimborso, ha diritto che la massa rispetti il patto, e nulla pretenda finchè il rimborso non sia stato effettuato. Del pari, i sovventori di merci devono essere pagati prima che possano avocarsi alla massa i profitti: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* — E deve ritenersi che il fallito possa dedurre quanto è necessario al mantenimento di lui e della sua famiglia (art. 752 Cod. comm.) (1).

Ma, se all'infuori del nuovo commercio, il fallito ha, per cause diverse, altri debiti, i creditori non possono concorrere sui profitti del nuovo commercio, nè insieme alla massa, nè tanto meno soli. L'art. 699 è preciso: anche i beni che pervengono al fallito nello stato del fallimento seguono la sorte di quelli che esistevano al momento della sua dichiarazione, e sono amministrati dalla massa dei creditori. Nè la condizione passiva del fallimento può alterarsi da quella che era allorchè fu dichiarato, per l'aggiungersi di creditori aventi un titolo sorto dopo l'apertura del fallimento. Il fallito non può, contraendo debiti, accordare ai nuovi creditori diritti che egli non aveva. La indisponibilità del suo patrimonio a favore della massa sottrae ogni attività alle pretese dei nuovi creditori; i quali non potranno, pertanto, pretendere di essere pagati se non dopo che siano stati soddisfatti i creditori precedenti. Nè può, quindi, loro giovare di far aprire un nuovo fallimento. Nessuno contesta ai nuovi creditori il diritto di chiedere una seconda dichiarazione. Ma la condizione loro economica per questo non migliorerebbe; perchè la massa precedente richiamerebbe a sè tutto il patrimonio del fallito, vecchio e nuovo. I creditori per causa del commercio e della industria nuovamente esercitata dal fallito saranno pagati, finchè esisterà nel nuovo esercizio di attività per soddisfarli. Oltre a ciò, nulla possono pretendere. E i creditori nuovi, estranei all'esercizio medesimo, non hanno diritti da accampare sull'eventuale residuo; perchè, quali profitti conseguiti du-

(1) Conf. MASSÉ, op. cit., II, n. 1190 e 1196; PARDESSUS, op. cit., n. 1117; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 2662; NAMUR, *Faillite*, n. 66; DEMANGEAT in *Bravard-Veyrières*, nota a pag. 74; BOISTEL, op. cit., n. 913; RENOUARD, op. cit., I, p. 295, all'art. 443. Il VIDARI (*Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4405) fa una distinzione fra i creditori che fecero credito al fallito assicurandosi un diritto di preferenza, e i creditori che non convennero alcuna garanzia. Pei primi concede che sieno pagati, dovendosi rispettare il patto; per i secondi, no, perchè ripigliando vigore le norme del diritto comune in materia di fallimento, prima dovrebbero pagarsi i creditori della massa. — Ma per le ragioni che adduco nel testo, ritengo che la distinzione non debba farsi. Alla massa non possono pervenire che i *benefici* del nuovo commercio, e quindi dedotti i pesi che l'aggravano, di qualunque natura sieno: *nemo potest locupleti cum alterius jactura.*

rante lo stato del primo fallimento, tuttavia aperto, appartengono di diritto alla massa (1).

Infine, il legame che intercede fra beni ed azioni, mi persuade che il fallito può stare in giudizio per la tutela degli interessi dipendenti dal nuovo commercio. Come gli è conservato questo diritto per le azioni personali e per quelle estranee al fallimento, deve ritenersi lo abbia anche per le azioni relative alla nuova azienda, che gli si permette di attuare. Se un minore è autorizzato all'esercizio del commercio, egli, benchè incapace all'infuori dell'attività commerciale, può, per questa, patrocinare validamente in giudizio i propri interessi. Altrettanto deve ripetersi del fallito. " Se la perdita dell'amministrazione non impedisce al fallito di esercitare personalmente un commercio od un'industria e di far da sè tutti gli atti che riguardano tale commercio e tale industria, non si comprende perchè gli si impedirebbe di figurare personalmente nei giudizi, ai quali questi atti possono dare luogo „ (2). Dovrà però consentirsi al curatore di intervenire, volendo, in questi giudizi, per salvaguardare gli eventuali diritti della massa sui profitti dell'industria o del commercio a cui si riferiscono.

56. Per l'articolo che si commenta, il fallito conserva inalterato l'esercizio delle azioni riguardanti *i suoi diritti strettamente personali o estranei al fallimento.*

Quali diritti sono *strettamente personali*, o, come si esprime il Codice civile (articolo 1234), quali diritti sono *esclusivamente inerenti alla persona del debitore?*

Anzi tutto è fuori di questione che qui si tratta di diritti personali di natura patrimoniale, i soli che possono interessare i creditori. Cosicchè è perfino superfluo notare che quei diritti personali che non hanno una qualsiasi influenza sul patrimonio del fallito, non sono in discussione (3).

---

(1) " Se in causa del nuovo commercio, il fallito ha contratto dei debiti, ha preso a prestito denaro, ha fatto acquisti, ecc.; questi debiti devono essere saldati coi valori provenienti da questo nuovo commercio prima che la massa possa pretendere alcuna cosa, altrimenti si arricchirebbe a danno di quelli che ebbero fede nel fallito. Ma sui beni provenienti dal nuovo commercio, la massa escluderà tutti i creditori posteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, i cui diritti abbiano una causa estranea a questo commercio. La perdita dell'amministrazione produce allora, naturalmente, i suoi effetti „. LYON-CAEN et RENAULT, *Précis de droit comm.*, n. 2674.

Il Tribunale di Napoli, 22 gennaio 1883, e la Corte d'appello di Napoli, 16 marzo 1883, nella causa Gayotti c. Maisto (*Annuario crit. di giur. comm.*, I, n. 51 e 52) ammisero concordi che il commerciante fallito, ripigliando l'esercizio del commercio, può essere nuovamente dichiarato fallito.

(2) DEMANGEAT — d'accordo col RENOUARD e BÉDARRIDE — in nota al BRAVARD-VEYRIÈRES, vedi p. 74. *Contra:* NAMUR, op. cit., n. 67; MASSÉ, op. cit., II, n. 1198, il quale però dichiara che la giurisprudenza gli è contraria; e VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, VIII, n. 4406.

La Cassazione di Firenze (decisione 5 agosto 1880, Bottari c. Del Puglia, *Temi Veneta*, V, p. 505), di conformità a quanto è sostenuto nel testo, riconobbe che il fallito, " riguardo alla nuova gestione, che assume fuori del fallimento, come ha piena capacità di operare e di obbligarsi validamente, così è passibile delle azioni relative indipendentemente dall'intervento del sindaco;... e come può contrarre nuovi rapporti di obbligazione, così può stare per essi in giudizio nella figura di attore o di convenuto, comunque anche i nuovi guadagni, detratto il passivo, sieno devoluti alla massa dei creditori. In sostanza, la incapacità del fallito non è assoluta, ma relativa soltanto ai beni caduti nel fallimento, e di cui ha perduta la disponibilità. Riguardo alla nuova gestione, che assume fuori del fallimento, come ha piena capacità di operare e di obbligarsi validamente, così è passibile delle azioni relative, indipendentemente dall'intervento del sindaco, il cui ufficio non esce dalla cerchia del fallimento dichiarato „.

(3) Per ciò, mi pare, non si sarebbe nemmeno dovuto discutere se la moglie, malgrado il fallimento del marito, abbia bisogno della sua autorizzazione per compiere gli atti che la richiedono. Tuttavia la discussione si è fatta; tanto è industrioso l'ingegno dei debitori nel tentare di scio-

I diritti strettamente personali — dei quali è parola nell'articolo in esame — sono, pertanto, ad avviso mio, i diritti *intrasmissibili*, o perchè sono una dipendenza di diritti innati (diritti inerenti alla qualità di uomo, considerato quale persona singola); o perchè sono una mera dipendenza dello stato e dei diritti famigliari (diritti inerenti ai rapporti coniugali e alla patria podestà); o, infine, perchè l'indole e natura loro ne esclude la trasmissione (l'uso e l'abitazione). Questa teorica trova la sua base razionale e legale sopra due distinti argomenti: — il primo, che i diritti i quali non possono realizzarsi con la vendita, quali sono appunto i diritti non trasmissibili, non profittano ai creditori nè direttamente, nè indirettamente; — il secondo, che essendo unico scopo dell'art. 699 quello d'impedire al debitore di alterare il suo stato patrimoniale, sottraendogliene l'amministrazione, era inutile privarlo dell'esercizio di quei diritti che per natura loro sono *intrasmissibili*, pur riconoscendo ai creditori delle eventuali ragioni anche sui profitti di taluni di questi diritti, quando siano soddisfatti i pesi che li aggravano (1). — Svilupperò ora più diffusamente l'accennata dottrina.

Come uomo, il fallito ha l'esercizio dei diritti e delle azioni inerenti alla sua individualità. Quindi: ha diritto di ottenere gli alimenti dalle persone obbligate per legge o per convenzione; di far revocare una donazione per ingratitudine del donatario (articolo 1801 Cod. civ.), implicando la revoca un apprezzamento del tutto personale (2); di opporsi alla sentenza dichiarativa del fallimento (art. 693) per far revocare il vincolo che colpisce il suo patrimonio e le incapacità d'ordine sociale che sono inerenti alla condizione di fallito; e ha diritto d'intervenire in tutti gli stadi della procedura per tutelare i propri interessi personali. — A difesa della sua integrità personale, del suo onore e della sua considerazione, può querelarsi per reati che lo offendono o danneggiano, costituendosi parte civile per conseguire l'indennizzo dovutogli. Si contestò questa ultima facoltà al fallito. Si pretese, cioè, di applicargli l'art. 109 cap. del Codice di procedura penale, che divieta alle persone le quali non hanno la libera amministrazione dei loro beni, di costituirsi parte civile senza l'autorizzazione richiesta per l'esercizio delle azioni civili. L'equivoco è però evidente. Il fallito non può assimilarsi ai minori, agli interdetti, alle donne maritate. L'indisponibilità del suo patrimonio, e la restrizione che subisce il fallito per assicurare questa indisponibilità, non possono confondersi nè con l'interdizione nè con qualunque altra limitazione subiettiva della capacità giuridica. — " L'art. 109 del Codice di procedura penale, così la Cassazione

---

gliersi dai vincoli contratti in omaggio al rispetto dovuto alla legge!

Cons. Appello di Bordeaux, 18 marzo 1828 (DALLOZ, *Rep.*, voce *Faillite*, 201, n. 2); Appello di Venezia, 1 luglio 1880, Tonini c. Cricchiutti (*Temi Veneta*, v, 599), in cui precisamente è detto che " la dichiarazione di fallimento non può aver influenza sull'esercizio dei dritti personali del fallito, che non rappresentano un interesse pecuniario o patrimoniale ".

(1) La definizione dei diritti inerenti alla persona è una delle questioni più dibattute fra i civilisti. Io mi accosto all'opinione del MERLIN, che definisce i diritti personali dell'art. 1166 del Codice francese, corrispondente al nostro art. 1234, siccome quelli attaccati alla persona che non passano agli eredi nè sono cedibili (*Questions de droit*, voce *Hypot.*, § 14, n. 4). Dicendo che sono *intrasmissibili*, riunisco in un termine solo i due estremi del Merlin. A cui, del resto, si associa anche LAURENT (*Principes de droit civil*, XVI, n. 410 e seg.); mentre la sua distinzione fra diritti personali d'indole puramente morale, e diritti personali d'indole patrimoniale, è un presupposto necessario, allorchè si discorre di diritti personali del debitore in relazione alle pretese dei suoi creditori.

(2) È però evidente che, revocata la donazione, ne profitteranno i creditori, come di una attività che perviene al fallito durante lo stato di fallimento. Conf. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 2682, e gli autori da essi citati

di Torino (1), riguarda evidentemente le sole persone che la legge tiene per incapaci di ben governare da sole i loro interessi e di star in giudizio senza un tutore, un curatore, un consulente, un assistente qualunque che ne integri la persona; e non può applicarsi al fallito, il quale, benchè costretto a dimettere il suo patrimonio, non ha perduto la capacità di star in giudizio, non è caduto sotto la tutela dei sindaci, i quali rappresentano la massa dei creditori e non il fallito (2), a cui è libero per ciò di costituirsi parte civile senza alcuna autorizzazione „ (3).

Come capo della società domestica, il fallito conserva i diritti connessi alla potestà maritale e patria. " La presunzione di imperizia, da cui il fallito è colpito, riguarda il suo patrimonio ed i suoi creditori, non si estende ai patrimoni dei quali ha la custodia, e al rispetto delle persone, delle quali la legge gli affida la protezione. Se queste persone possono giustificare un pericolo proprio che minacci i loro interessi, e delle cause manifeste d'incuria o di infedeltà, spetterà ad esse di farle valere. Ma queste misure di tutela devono rintracciarsi nel diritto comune, non nel fallimento, che non fu costituito per esse. D'onde consegue che la miglior legislazione del fallimento è quella che lascia i diritti di famiglia fuori della propria influenza. Il regime matrimoniale prosegue; i beni della moglie e dei figli rimangono nelle mani del fallito. La comunione segue il suo corso; l'autorità del padre e del marito continua ad esercitarsi „ (4).

Il fallito mantiene, quindi, l'amministrazione della dote (art. 1399 Codice civile); a meno che la moglie, adducendo il disordine degli affari del marito, non ne chieda la separazione in confronto del marito e del curatore del fallimento (5) (art. 1418 Codice civile). La separazione non deriva, adunque, di diritto dal fallimento; ma questo può essere la causa che la provochi. — Del pari, malgrado il fallimento, il fallito conserva l'amministrazione dei beni dei figli con l'usufrutto legale inerente a certi beni (art. 228 Codice civile).

Che se, per l'art. 269, n. 4, del Codice civile, i falliti sono esclusi dagli uffici di tutore, e devono essere rimossi qualora li avessero assunti, ciò dipende dal fatto che la tutela

(1) Cassazione di Torino, 19 giugno 1872, ric. Vanzina (*La Giurisprudenza*, 1872, p. 401).

(2) Questo concetto, come si dimostrerà a suo luogo, è inesatto.

(3) " Il fallito non essendo posto dalla legge sotto tutela, conserva tutti quei diritti che gli competono come uomo e come membro della famiglia „. Cass. di Torino, 18 dicembre 1867, Spallarossa c. Razeto (*La Giurisprudenza*, 1868, p. 192). La quale sentenza ammise che il fallito potesse costituirsi parte civile per furto commesso a suo danno " dovendo integrare la massa del valore sottratto, specialmente se i sindaci trascurano di esercitare essi stessi questo diritto „. Conf. Corte di cass. di Napoli, 14 dicembre 1887, ric. Luisi (*Gazzetta del procuratore*, 1889, p. 299).

(4) THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, n. 98.

(5) Ritengo, appunto, che l'azione debba spiegarsi contro il marito, perchè la separazione della dote modifica l'autorità maritale, restringendola in uno dei suoi attributi principali. Per questo riguardo, l'azione è d'indole personale. Ma riconosco la *necessità* dell'intervento del curatore, perchè la domanda riflette i beni, e quindi interessa i creditori per quel residuo che, soddisfatti i pesi matrimoniali, spetterebbe loro, e che, invece, vengono a perdere con l'accoglimento della istanza per separazione. Questa soluzione non è però pacifica. La Corte di appello di Milano (decisione 10 novembre 1885, Macchetti c. Fallimento Gritti, *Diritto commerciale*, 1886, col. 69), ammise che l'azione si debba proporre esclusivamente contro il marito; e dichiarò nullo il giudizio perchè riassunto contro il curatore dopo il fallimento del marito. La decisione è censurata, in nota, dal prof. SERAFINI, che cita le principali opinioni degli scrittori sull'argomento. L'Appello di Milano si è conformato all'avviso dell'Appello di Parigi, 13 marzo 1879 (DALLOZ, *Recueil*, 1879, II, 264). — Si consultino LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 2682 in nota: BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., V, p. 124 e 125.

è un *munus publicum*, un ufficio d'indole sociale, e *non necessarium*, nel senso che può sostituirsi al fallito un altro; mentre tale sostituzione non può farsi per l'esercizio dei diritti che dipendono dalla società domestica, della quale il fallito è il capo naturale e necessario.

Io colloco, infine, fra i diritti strettamente personali quelli di *uso* e di *abitazione*, dei quali godano il fallito e la sua famiglia (art. 521, 522 e 524 Cod. civ.). La configurazione di questi diritti, e la loro estensione, determinata da motivi esclusivamente subiettivi all'usuario, ne spiegano la inclusione. — Non vi comprendo, invece, l'*usufrutto*, giacchè di esso credo, in tesi generale, trasmissibile e l'esercizio e il diritto, sebbene questo si trasferisca con le modalità della sua costituzione.

La Commissione compilatrice del Codice ritenne di aggiungere alla indicazione dei *diritti strettamente personali*, anche l'altra di *estranei al fallimento*, perchè, osservò: " la locuzione potrebbe altrimenti riescire troppo ristrettiva, potendo esservi dei diritti, che senza essere strettamente personali, sieno estranei al fallimento, perchè non riguardano i beni che formano la garanzia dei creditori „ (1).

Questa aggiunta ed il motivo che la sorregge persuadono quindi sempre più che il fallito ha l'esercizio e la rappresentanza in giudizio dei diritti acquistati con risorse desunte all'infuori del patrimonio amministrato dai suoi creditori — come appunto si è sostenuto al n. 55, pag. 117.

Il mantenimento però dell'esercizio così dei diritti strettamente personali al fallito, come di quelli estranei al fallimento, deve conciliarsi col diritto dei creditori di fare propri anche i vantaggi che da questi diritti eventualmente derivino al loro debitore. Cosicchè, una volta che gli oneri, a cui quei diritti sono sottoposti, sieno soddisfatti, i creditori avocheranno a sè il residuo. — Potranno, quindi, far propri i redditi dotali, dopo che i pesi relativi sieno completamente esauriti, qualora la moglie non abbia ottenuta la separazione della dote. Del pari, faranno proprio l'indennizzo ottenuto da un reato, quando i danni materiali subìti dal fallito sieno reintegrati. Lo stesso usufrutto legale, adempiti gli oneri ad esso inerenti (art. 230 Cod. civ.), spetterà alla massa... (2). In una parola, la conclusione, per quanto rigorosa, è sempre la medesima. I redditi, di cui il fallito avrebbe il godimento, spettano ai suoi creditori dopo soddisfatti gli oneri che li aggravano; anche se i beni, da cui i redditi provengono, spet-

(1) Verbali della Commissione, n. 774.

(2) La Cassazione di Palermo opinò invece che l'usufrutto legale è insequestrabile, senza distinzione fra ciò che serve ai bisogni dei figli e ciò che li eccede (decisione 15 settembre 1888, Vignati e Banco di Sicilia c. fallita Callì, *Annali*, 1889, 1, 49). Sostenne che il sistema opposto è *illegale* e di *impossibile attuazione*. Illegale, perchè nè la fallita nè il giudice possono attentare ai diritti della patria potestà col prescrivere entro quali limiti deve stare il dispendio pel mantenimento, educazione ed istruzione del figlio. D'impossibile attuazione, perchè, attesa la variabilità delle rendite e dei bisogni del minore, non è possibile stabilire *a priori* una certa e costante misura delle somme da impiegarsi a profitto del minore. — Risponderò brevemente. Non si riduca una questione di diritto alle modeste proporzioni di una norma amministrativa, e alle modalità accessorie per applicarla. Se, dopo soddisfatto l'onere che aggrava l'usufrutto legale, vi ha un residuo a favore del padre fallito, questo residuo è del fallito o dei suoi creditori? Tale è il tema da risolvere; e non già se ai creditori sia più o meno facile avocare alla massa questo residuo, sorvegliando la gestione tenuta dal padre e vigilando a che i redditi dell'usufrutto sieno realmente devoluti allo scopo prescritto dalla legge. S'immagini che il minore faccia una eredità di un milione. Forse pretenderebbesi sostenere che il reddito di un milione è necessario pel mantenimento, istruzione e educazione di un minore per quanto ampia e signorile? Non si controlla il genitore nell'esercizio della patria potestà. Ma si vuol impedire che, col pretesto di esercitarla in un modo, che è ipotetico, si defraudano i creditori di quella parte che *realmente* profitta al genitore.

tino ai terzi, ed il fallito ne abbia il godimento in dipendenza a dritti personali. Tale è il principio; e controversie non sorgerebbero, se si rispettasse.

53. Nel capitolo precedente si accennarono i diritti il cui esercizio, per motivi subbiettivi, era conservato al fallito. È a vedersi ora se vi sono beni che, per considerazioni obbiettive, sieno sottratti alla procedura di fallimento.

La disputa è sorta a proposito di due categorie di beni: — per quelli, cioè, che, secondo il Codice di procedura civile, sarebbero sottratti all'esecuzione ordinaria mobiliare; — e per quelli trasmessi a titolo lucrativo al fallito con la condizione che non sieno soggetti ad esecuzione. — Dell'una e dell'altra categoria deve ora dirsi particolareggiatamente.

Il Codice di procedura civile fa alcune eccezioni alla regola generale che il pignoramento può estendersi a tutti i mobili e crediti del debitore (art. 583). E, consigliato, in massima, da motivi di equità e di umanità, esclude dal pignoramento certi mobili in via assoluta (art. 585); altri soltanto in modo relativo, e cioè ne ammette la pignorabilità in determinati casi e sotto certe condizioni (art. 586). Questi beni sono sottratti alle pretese della massa, anche in caso di fallimento?

Chi opina che debbano escludersi, così argomenta. La sentenza dichiarativa del fallimento può considerarsi come operante a profitto dei creditori una specie di esecuzione generale su tutti i beni del fallito. È una esecuzione collettiva sostituita alle esecuzioni individuali, alle quali avrebbero potuto procedere i creditori se il fallimento non fosse stato dichiarato. Dunque, su quei beni, che il Codice di procedura civile sottraeva già alla loro garanzia, non poterono fare assegnamento correndo la fede del debitore; nè, per la dichiarazione di fallimento, può allargarsi il loro pegno, con offesa ai principii di eguaglianza e di umanità (1). Che se la legge commerciale usa certi riguardi ai falliti (art. 735 e 752), essi rappresentano misure discretive pei creditori o pel giudice delegato; non un beneficio incontroverso, quale è assicurato loro dal Codice processuale (2).

Chi vuole invece che pure quei beni facciano parte dell'attivo del fallimento ragiona così. La legge sui fallimenti costituisce un sistema completo, che sta e basta a sè. Non desume quindi alcuna norma dalla procedura esecutiva ordinaria. L'art. 699 sottrae al fallito l'amministrazione di tutti i beni, nè obiettivamente li distingue. L'equità e l'umanità sono, del resto, salvaguardate, e dall'art. 752 del Cod. di comm., per cui il giudice delegato può concedere i necessari soccorsi al fallito e alla sua famiglia; e dall'articolo 735 per cui le vesti, le masserizie e i mobili, necessari al fallito ed alla sua famiglia, non sono posti sotto sigillo, ma, premessa una sommaria descrizione, sono lasciati ad essi (3). La quale disposizione è sufficiente di per sè a provare la inapplicabilità del Codice di procedura civile al fallimento; perchè sarebbe stato inutile escludere gli accennati oggetti dal sigillamento, se la legge comune, insieme applicabile, ne avesse vietata l'esecuzione (4). — A me sembra preferibile questa seconda opinione.

L'altra categoria di beni, di cui si vuole controversa l'inclusione nella procedura di fallimento, comprende, come si disse, i beni lasciati al fallito a titolo gratuito con la condizione che non siano soggetti ad esecuzione.

(1) DEMANGEAT *sur* BRAVARD, V, p. 72; LAURIN, op. cit., n. 967; ALAUZET, VI, n. 2460; BÉDARRIDE, op. cit., n. 82.

(2) Conf. SACERDOTI, *Teoria fondamentale del fallimento*, p. 82; CUZZERI, op. cit., n. 129.

(3) Sono, fra i molti, di questo avviso: MASSÉ, op. cit., II, n. 1184; BOISTEL, op. cit., n. 907; RENOUARD, op. cit., I, p. 299; NAMUR, III, n. 1640.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 2669.

Vale questa condizione? — A mio avviso non vale.

Il legislatore sardo non aveva accolto il divieto, stabilito dal Codice francese, di pignorare le somme o gli oggetti disponibili, che il testatore o il donante ha dichiarato non soggetti a pignoramento. Se possono escludersi, osservava il legislatore sardo, gli assegni alimentari per ragioni di umanità, non può concedersi al testatore o donante di mettere il debitore in grado di dissipare e godere i beni a dispetto dei suoi creditori. " Vero è che il debitore non aveva diritto a codeste liberalità, e che, se esse non fossero state fatte, i creditori ne sarebbero rimasti del tutto digiuni. Ma non è comportabile che testatori e donanti, nell'arricchire un favorito, gli forniscano il mezzo di fallire impunemente ai proprii impegni e al proprio onore „ (1). Il divieto sancito a favore di una aristocrazia dissipatrice doveva sparire di fronte a più temperati costumi, a codici ispirati al concetto della eguaglianza civile.

Nella legislazione civile in vigore abbiamo l'art. 1800 Cod. civ. il quale statuisce che " nel solo caso in cui la rendita vitalizia sia costituita a titolo gratuito si può disporre che la medesima non sia soggetta a sequestro „; e l'art. 592 Codice proc. civile, il quale sancisce che " non possono essere pignorati gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentario „. Dunque la sola rendita vitalizia a titolo gratuito può essere posta al coperto dalle esecuzioni. Qualunque altra liberalità, che non sia per causa di alimenti, vi è invece soggetta, senza riguardo alle clausole poste dal disponente. " Il testatore, il donante, non benefichi il fallito; ma se lo vuol beneficare, non deve poterlo sottrarre alla condizione giuridica in cui egli si trova, nè far tacere rimpetto a lui le conseguenze del fallimento „ (2).

58. Parlando ora degli effetti processuali della sentenza dichiarativa di fallimento, regola fondamentale è: che, con l'amministrazione dei beni, si trasferisce nella massa la tutela giudiziale dei beni medesimi nella rappresentanza del fallito. Questi non può dunque pei beni, della cui amministrazione è privato, e pei diritti, il cui esercizio gli è stato sottratto, stare in giudizio nè quale attore nè quale convenuto. Invece, conserva, col godimento, la rappresentanza e la tutela dei beni e dei diritti dei quali il fallimento non lo priva, riservata la facoltà alla massa di intervenire in giudizio per la tutela dei propri eventuali diritti, come si è già detto nei capitoli precedenti.

Questo è il principio. — Il quale però subisce nella pratica alcune eccezioni e deviazioni, di cui dobbiamo appunto occuparci.

a) Se, malgrado il divieto, il fallito sta in giudizio, quale sarà la conseguenza? Ricordiamo: che il fallito non è un incapace; che egli, in tanto ha ristretta la sua capacità giuridica, in quanto è richiesto dal vincolo di inalterabilità che colpisce il suo patrimonio; che l'annullabilità dei suoi atti è stabilita nell'esclusivo interesse dei suoi creditori; che, quindi, anche annullati gli atti di fronte ai creditori, possono essere tuttavia validi di fronte al fallito. — Premessi questi principii, già svolti e dimostrati anteriormente (n. 55), ne consegue: che se il fallito agisce quale attore per interessi riflettenti la massa, ed il convenuto non eccepisca la di lui qualità di fallito all'effetto di avere un contraddittore legittimo (3), la sentenza che sarà emanata, o è favorevole al

(1) Relazione della Camera dei deputati sul progetto del Codice sardo del 1854. Il brano è riferito dal MATTIROLO, che svolge largamente la questione (*Trattato di diritto giud.*, v, n. 569 e seg.).

(2) VIDARI, *Il fallimento*, n. 115.

(3) I terzi, necessariamente, hanno interesse a non litigare con un incapace, giacchè la sentenza, se favorevole, non avrebbe una *attuale* efficacia in confronto del patrimonio della cui amministrazione il fallito è privato. Conf. RENOUARD, op. cit. I, p. 310.

fallito, e i suoi creditori potranno profittarne senza facoltà nel convenuto o nel fallito di impugnarne l'efficacia; o gli è contraria, e i creditori ne distruggeranno le conseguenze economiche ad essi dannose, opponendo la qualità del fallito e la illegittimità e nullità del giudizio dal medesimo sostenuto nell'interesse della massa. — Che se il fallito è, invece, convenuto, e sottace la sua qualità di fallito, le conseguenze del giudizio non possono essere diverse da quelle già esposte nella ipotesi che il fallito sia attore: se le sorti gli sono favorevoli, varranno per la massa che le accetti; se contrarie, non varranno, perchè la massa ha sempre il diritto di opporre la illegittimità del contradittorio del fallito quando si tratti di interessi riguardanti il patrimonio devoluto alla amministrazione dei creditori.

b) Se il fallito ha un diritto in opposizione a quello della massa, ha facoltà di stare in giudizio per farlo valere. Data questa ipotesi, il diritto gli è personale, se non si concilia con quello dei creditori, anzi, se il diritto di questi si trova in collisione diretta con le ragioni del fallito. Non esercitando i creditori un diritto del fallito, nella sua rappresentanza, anzi contrariandone la pretesa, sorge nel fallito il diritto di sostenerla.

c) Riguardo al diritto del fallito d'intervenire nelle cause della massa, parve conveniente non rimetterne l'esercizio alla discrezione del fallito, e quindi misura cautelare subordinarlo all'apprezzamento del giudice. — In Francia, la discussione sul diritto d'intervento del fallito fu vivace (1). Coloro, che recisamente lo negavano, osservavano prima di tutto che il diritto assoluto d'intervenire rendeva illusorio il divieto fatto al fallito di stare in giudizio relativamente ai suoi beni mobili ed immobili. Che, d'altra parte, intervenendo nelle cause, il fallito potrebbe ad ogni momento inceppare l'opera del curatore, di cui tanto meno approverebbe l'amministrazione, quanto più questa mirasse a reprimere e scoprire le frodi da lui commesse. Se il fallito avesse lo sconfinato diritto d'intervento, prolungherebbe le cause; farebbe sorgere questioni incidentali, perfino sul suo diritto all'intervento; questioni accessorie, alle quali potrebbero farsi percorrere tutti i gradi di giurisdizione, senza che il fallito sia in grado di indennizzare i creditori, almeno con la rifusione delle spese di lite. — Di rincontro si rilevava: che l'interesse è la misura delle azioni. Che il fallito, sebbene privato dell'amministrazione, è proprietario dei suoi beni; ha interesse, per liberarsi dai suoi debiti, di rendere produttiva l'amministrazione; di segnalare i vizi, le mancanze di questa; prevenirne gli effetti disastrosi; di impedire le malversazioni che si commettano a suo pregiudizio. — Prevalse questo avviso; ma si concedette al tribunale l'apprezzamento sulla opportunità dell'intervento del fallito.

La questione si è riproposta, nei precisi termini, allorchè si compilò il nostro Codice di commercio. Nei verbali si legge, infatti, quanto segue (2):

" Riguardo al sistema di rimettere all'arbitrio del tribunale l'ammissione dell'intervento del fallito, alcuno fra i membri della Commissione manifesta l'opinione che questa eccezione alle regole generali non sia giustificata. Il fallito ha, infatti, un interesse essenziale nell'esito delle cause che riguardano il patrimonio del fallimento, e il curatore non è che un semplice amministratore di questo. Nè può dirsi che la domanda d'intervento abbia lo scopo di intralciare il processo, finchè non ne sono

(1) La discussione avvenuta il 9 febbraio 1835 nella Camera dei deputati è riferita dal BÉDARRIDE, *Faillite*, all'art. 443, n. 84 e dal RENOUARD, *Traité des faill.*, I, 326.

(2) Verbali della Commissione compilatrice, n. 774.

discussi i motivi; e la discussione sul diritto d'intervenire porta certamente un ritardo. Per impedire gli interventi infondati, potrebbe dirsi che in tal caso il fallito debba stare in giudizio a sue spese, e in tal modo egli si troverebbe costretto a chiedere il beneficio dei poveri ed a giustificare il fondamento delle sue ragioni dinanzi la Commissione del patrocinio gratuito.

" La proposta di ammettere in tutti i casi l'intervento del fallito non è però accolta dalla maggioranza della Commissione, la la quale considera che i gravi effetti del fallimento, fra i quali è quello che toglie al fallito la facoltà di stare in giudizio, relativamente ai suoi beni, devono essere mantenuti anche come mezzo repressivo. D'altra parte, se si volesse ammettere il principio propugnato, il fallito potrebbe intralciare il processo con azioni infondate, e, nulla possedendo, non avrebbe neppure a temere la conseguenza delle spese. Nè può aversi un ritardo dalla discussione sulla domanda d'intervento, perchè le cause in materia commerciale e di fallimento si trattano a procedimento sommario.

" Ritenuto quindi che debba di regola essere rimesso alla discrezione del tribunale il decidere se l'intervento del fallito debba essere ammesso od ordinato d'ufficio, e valutate, d'altra parte, le ragioni che in alcuni casi giustificano una eccezione, credesi opportuno di accennare che il tribunale, nella sua decisione, dovrà farsi carico speciale della collisione che potesse esistere fra l'interesse del curatore e quello del fallito, e che nelle questioni delle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a carico del fallito, egli avrà diritto d'intervenire „.

L'uso discrezionale che fa il tribunale della facoltà a lui demandata per ammettere od escludere l'intervento del fallito, è incensurabile in cassazione (1).

Il fallito potrà chiedere d'intervenire anche in grado d'appello. Il divieto dell'art. 491 Cod. proc. civ. — per cui in appello non si ammette intervento in causa se non di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo — riflette un interveniente diverso dalle parti che figurarono in prima istanza. " Invece, l'articolo del Codice di commercio ha un diverso fondamento: è giustificato dalla utilità di separare, secondo le circostanze, in due persone giudizialmente distinte, l'unica persona giudiziale che, nella generalità dei casi, risiede nel curatore, incaricato di rappresentare insieme la massa dei creditori ed il fallito „ (2). E se esiste contrarietà d'interessi fra il fallito e la massa, è un omaggio alla libertà della difesa concedere al fallito di salvaguardarli almeno in appello, non essendogli permesso di far opposizione alla sentenza che sarà pronunciata.

Riconosciuta la legittimità dell'intervento, il fallito è parte in causa, e agisce come tale. Quindi è regolarmente rappresentato da un procuratore, e può interporre appello dalla sentenza dei primi giudici (3).

d) Se il curatore trascura l'esercizio di

(1) DALLOZ, *Répertoire*, voce: *Faillite*, n. 238; Cass. di Parigi, 25 febbraio 1857 e 17 giugno 1868, (*Recueil pér.*, 1857, I, 113; 1871, 5, 187).

Non aderisco invece all'opinione del VIDARI (*Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4422) che la sentenza non sia appellabile dal fallito sul punto deciso del suo intervento. L'uso che fa un magistrato, anche di una facoltà discrezionale, è sempre sindacabile *in merito* dal magistrato superiore, tranne un formale divieto della legge. Se quindi è appellabile la sentenza che decise la causa in cui il fallito voleva intervenire, sarà regolare l'appello del fallito sull'ammissibilità del suo intervento, che, il tribunale, per economia di giudizi, avrà pregiudizialmente risolta. Riconosciuto poi ammissibile l'intervento dalla Corte sarà pure regolare l'appello sul merito della controversia che eventualmente il fallito abbia inoltrato. Tanto mi pare corrispondente alle esigenze procedurali.

(2) RENOUARD, *Traité des faillites* (3ª ediz.), I, p. 329.

(3) Corte d'appello di Brescia, 22 gennaio 1889, Cornacchia c. Casanova (*Monitore dei trib.*, 1889, p. 225).

qualche diritto, potrà il fallito assumerlo nella rappresentanza della massa? Potrà fare atti cautelari, preservativi ed assicurativi, omessi dal curatore? Ad esempio: fare eseguire in suo nome il protesto di una cambiale, per conservare l'azione di regresso? Far notificare una sentenza favorevole, per affrettare la decorrenza del termine ad appellare? Chiedere un sequestro conservativo per un credito pericolante? Interrompere la prescrizione o la perenzione di un giudizio?...

A queste, e simili domande, può rispondersi all'appoggio della teoria da me esposta al n. 52 pag. 109. Dissi, cioè, che della comunione incidentale sorta fra creditori in seguito al fallimento, intendo faccia parte anche il fallito. Egli conserva la proprietà de' suoi beni; non ne perde che l'amministrazione. Dunque, quale proprietario, ha interesse alla difesa di quanto gli appartiene. Ogni diminuzione di patrimonio ha per lui un contraccolpo dannoso, giacchè rappresenta una maggior esposizione verso i creditori, e, ad ogni modo, una più forte difficoltà di giungere con essi ad un accordo. Ha, pertanto, diritto ed interesse di preservare coi suoi atti il patrimonio, alla cui inalterabilità egli pure è cointeressato. — Vi ha di più. Dacchè è fuori di questione che i suoi atti sono validi finchè i creditori non li impugnino, e siccome ogni atto preservativo e conservativo non può che giovare ai creditori, se il curatore fu negligente a promoverlo — ne consegue che la questione perde nella pratica anche la parvenza di una disputabilità. E la soluzione qui accolta deve ritenersi tranquillante (1).

59. L'articolo che si commenta dichiara che dal giorno della dichiarazione del fallimento " nessun atto esecutivo sui beni mobili o immobili del fallito *può promoversi o proseguirsi*, se non contro il curatore ".

Ora, una domanda: dopo la dichiarazione del fallimento, è possibile che un creditore *promova* una esecuzione sul patrimonio del fallito?

La risposta non può essere che negativa.

I compilatori del Codice riprodussero una disposizione, che nel Codice precedente avea pure una applicazione, e non l'ha più per quello in vigore.

Pel Codice abrogato i creditori scaduti, con privilegio od ipoteca, potevano, prima dello stato di unione, procedere alla espropriazione degli immobili del fallito (art. 684 e 685).

Questo sistema è, ora, completamente mutato. Nessun creditore può procedere alla espropriazione degli immobili del fallito, ancorchè abbia sui medesimi privilegio od ipoteca. Incombe al curatore di *promovere* la vendita (art. 800). E se l'espropriazione è incominciata prima della sentenza dichiarativa del fallimento da un creditore avente privilegio od ipoteca sugli immobili espropriati, può proseguire, coll'intervento però del curatore, il quale può anche surrogarsi al creditore istante (art. 801).

Cosicchè, pel Codice vigente, nessun creditore ipotecario o privilegiato, può *promovere* una esecuzione immobiliare. E soltanto può *proseguirla* il creditore privilegiato od ipotecario sugli immobili espropriati con intervento, e anche con la surroga del curatore.

Può la disposizione riferirsi ai creditori con pegno? Nemmeno; perchè il riscatto o la vendita del pegno spetta al curatore (art. 772), ed anche i creditori pignoratizi sono obbligati a seguire la procedura di fallimento (art. 763 e 774).

(1) Così la Cassazione di Torino ammise che se il fallito vuol chiedere il soddisfacimento di un residuo credito dipendente da servigi da lui prestati, e il curatore non promove la relativa azione, può promoverla il fallito: " Impedire al fallito di esercitare in proprio nome le sue ragioni equivarrebbe ad autorizzare un indebito lucro per il debitore con danno del fallito, e senza alcun vantaggio pei creditori, cosa che non può essere negli intendimenti della legge (decisione 19 giugno 1882, Rocca e Costa c. Sburlati, *La Giurisprudenza*, XIX, p. 458).

Tanto meno poi l'art. 699 può alludere ai creditori chirografari. La eccezione fatta per la *prosecuzione* dell'espropriazione a favore dei creditori ipotecari e privilegiati degli immobili su cui hanno ipoteca (articolo 801); esclude di per sè che un creditore chirografario, anche se abbia trascritto il precetto immobiliare (1), possa proseguire la espropriazione dei beni del fallito. — E quanto ai beni mobili, la vendita non può farsene che dal curatore (art. 798), dacchè la procedura di fallimento sostituisce appunto la esecuzione collettiva alle esecuzioni individuali, per conseguire l'eguaglianza di trattamento dei creditori. Sicchè, se anche si permettesse ad un creditore di proseguire, malgrado la dichiarazione di fallimento, la esecuzione sui mobili del fallito, il ricavato della vendita dovrebbe sempre devolversi alla massa. La concessione sarebbe pertanto irrisoria per l'esecutante. E sarebbe, invece, dannosa alla massa, per l'aumento delle spese conseguente alle diverse esecuzioni; per le poche garanzie con cui queste si effettuerebbero; pel tempo inopportuno in cui potrebbero compiersi; perchè, in una parola, farebbero mancare, se non tutti, certo i principali obbiettivi del fallimento: la unità, cioè del giudizio; la semplicità e l'economia delle forme; la unicità della rappresentanza nel comune interesse dei creditori.

Un solo caso vi ha in cui un creditore potrebbe procedere esecutivamente contro il fallito, ed è quello del locatore che proceda sopra effetti mobili del commercio del fallito per le pigioni da questo dovute (art. 702). Se non che dal tenore della legge sorge, prima di tutto, il dubbio, come si dirà a suo luogo, che anche in questo caso si tratti di atti esecutivi già iniziati prima del fallimento, i quali devono appunto *sospendersi* per trenta giorni dalla sentenza dichiarativa. Ma, ammesso pure che si possano iniziare dopo questo termine, rimane fermo che *per questo solo caso* era inopportuno riprodurre una disposizione, la quale, formulata in modo generico, fa ritenere per massima possibile, quello che invece lo sarebbe solo per eccezione, e in un caso isolato. E se già la disposizione era censurata dagli scrittori francesi, era consiglio prudente sopprimerla.

Concludendo: col sistema processuale della legge vigente sui fallimenti, dopo la dichiarazione di fallimento non possono *promuoversi* atti esecutivi da alcun creditore, nè ipotecario, nè privilegiato. I soli creditori ipotecari o privilegiati possono *proseguire* l'espropriazione sugli immobili gravati dall'ipoteca o dal privilegio; e il creditore privilegiato per pigioni può procedere alla esecuzione mobiliare sui mobili che servono al commercio del fallito. Tutti gli atti esecutivi, se cominciati, devono cessare, salvo la rifusione completa delle spese all'esecutante ove gli atti compiti risultino effettivamente utili alla massa, avendo, ad esempio, impedita una distrazione patrimoniale con l'azione conservativa inerente ad ogni pignoramento (2); oppure quelle spese saranno rifuse in moneta di fallimento, se non si tratta che di reintegrare il creditore di un dispendio conseguente all'esercizio legittimo di un suo diritto, ma che non ha recato vantaggio alla massa. Infine: soltanto i creditori esecutanti ed opponenti

(1) L'aver supposto che la trascrizione del precetto immobiliare conferisca al creditore chirografario la facoltà riservata ai creditori ipotecari di proseguire l'esecuzione immobiliare, è un equivoco del SACERDOTI (op. cit., p. 111), rilevato e corretto dal CUZZERI (op. cit., n. 149).

(2) È un errore affermare che gli atti esecutivi mobiliari, incominciati prima della dichiazione del fallimento, possano essere utili alla massa, perchè il curatore può proseguirli. Si dimentica: che la vendita dei beni del fallito non può, per massima generale, effettuarsi se non dopo la sentenza che pronuncia sulle contestazioni dei crediti (art. 793 e 765); e che la vendita si effettua con procedura più sollecita della ordinaria (articolo 798). Il curatore, dunque, nè può, nè ha interesse a surrogarsi ad una esecuzione mobiliare già cominciata.

mantervanno un diritto di priorità sul prezzo ricavato dalla vendita mobiliare, se questa era già compiuta al momento in cui fu dichiarato il fallimento (art. 651 Codice procedura civile) (1). Valendo, a mio avviso, a preservare gli effetti della vendita, l'ora in cui fu effettuata, se anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata nel medesimo giorno (n. 54) (2).

—

Art. 700.

La sentenza che dichiara il fallimento sospende, soltanto rispetto alla massa dei creditori, il corso degli interessi dei crediti non garantiti con ipoteca, con pegno od altro privilegio.

Gli interessi dei crediti garantiti non possono essere domandati, che sulle somme provenienti dalla vendita dei beni sottoposti a privilegio o ad ipoteca; ma quando, per insufficienza di queste garantie, il diritto dei creditori si esercita sulla massa chirografaria, il credito residuo si determina senza tener calcolo degli interessi posteriori alla data della sentenza dichiarativa del fallimento.

Art. 701.

I debiti a scadenza obbligatoria a carico del fallito e quelli la scadenza dei quali è rimessa alla di lui volontà si intendono scaduti per effetto della dichiarazione di fallimento.

60. *Scadenza dei debiti conseguente alla dichiarazione del fallimento — Motivi che la giustificano.*
61. *Distinzione fra la decadenza dal beneficio del termine e la scadenza dei debiti in causa del fallimento. — Conseguenze giuridiche della distinzione:*
a) *Anche il commerciante insolvente può farsi decadere dal beneficio del termine.*
62. b) *L'anticipata scadenza del credito non ne consente la compensazione.*
63. c) *Il debitore decaduto dal beneficio del termine non può chiedere lo sconto di un debito infruttifero; lo sconto è invece dovuto nel fallimento.*
64. d) *Anche i crediti con garanzia reale s'intendono scaduti in seguito alla dichiarazione di fallimento.*
65. *Dei crediti condizionali — Dei condebitori e fideiussori del fallito.*
66. *La eguaglianza dei creditori chirografari giustifica la misura della sospensione degli interessi — Degli interessi compenetrati nel capitale o pagati anticipatamente — Dello sconto.*
67. *Condizione dei creditori con ipoteca, pegno o privilegio riguardo alla decorrenza degli interessi.*
68. *Decorrenza degli interessi in confronto del fallito — Prescrizione da interrompersi — I condebitori del fallito sono obbligati a pagare l'interesse.*
69. *Di alcune prestazioni ricorrenti.*

(1) Corte d'appello di Torino, 8 aprile 1879, Serrasio c. Prina (*La Giurisprudenza*, XVI, p. 508), con una motivazione eccessiva in vista della facile dimostrazione della tesi. — Confr. Corte di cassaz. di Firenze, 5 luglio 1886, Reboa c. Bertes (*Annuario crit. di giur. comm.*, 1886, n. 227).

(2) *Contra:* CUZZERI, op. cit., n. 146, p. 110 e le sentenze da lui citate.

60. Affermano concordi gli scrittori che la disposizione dell'art. 701 del Codice di commercio — di cui è opportuno premettere il commento per l'ordine della trattazione — è una pura e semplice applicazione dell'art. 1176 del Codice civile. In altre parole: la scadenza dei debiti, conseguente alla dichiarazione del fallimento, dipenderebbe dal medesimo motivo per cui si fa decadere il debitore insolvente dal beneficio del termine. — Io non lo credo; e poichè la mia opinione è fin qui solitaria, procurerò del mio meglio per giustificarla.

La decadenza dal termine ha quale presupposto il tacito accordo delle parti che la fiducia, il credito, si concede *rebus sic stantibus*, finchè, cioè, il debitore si mantiene nello stato economico in cui si trova al momento in cui il debito è contratto. Se quello stato muta in peggio, la decadenza è effetto della clausola risolutiva tacita sottintesa nel fido. Si toglie la fiducia a chi l'ha demeritata. Il provvedimento è nell'esclusivo interesse del creditore che l'ha chiesto. Invece, la scadenza dei debiti, conseguente alla dichiarazione del fallimento, è requisito essenziale di un istituto che consiste nella liquidazione generale dei beni del fallito. Per poter distribuire il patrimonio fra i creditori, o venire con tutti ad un accordo definitivo, è giocoforza ritenere scaduti tutti i crediti verso il comune debitore. Non si unifica il patrimonio; non si liquida con unità di mezzi e di scopo; non si eguaglia la condizione dei creditori nella comune disgrazia; non si definisce con rapidità la procedura, se non supponendo che tutti i creditori abbiano un credito scaduto ed esigibile. D'onde la necessità ed il motivo dell'anticipata scadenza dei debiti a termine. I quali debiti — sia detto per incidenza — il legislatore volle classificare in due categorie: *quelli* a scadenza obbligatoria a carico del fallito, e *quelli* la scadenza dei quali è rimessa alla di lui volontà. Questa seconda categoria poteva opportunamente omettersi (1), perchè alla scadenza originaria, facoltativa pel debitore, subentra il termine stabilito dall'autorità giudiziaria con la dichiarazione del fallimento; e la doppia indicazione fa sorgere, non fosse altro, il dubbio sulla sorte dei crediti rimessi all'arbitrio del creditore (p. es. nel contratto di deposito). Miglior partito, ad avviso mio, era mantenere la formula generica del Codice precedente, e cioè che " la sentenza, che dichiara il fallimento, rende esigibili verso il fallito i debiti non iscaduti (art. 553) „ (2).

61. Nè si creda che il precisare il vero motivo della disposizione in esame sia discussione accademica, spoglia di ogni pratica conseguenza. Contrapponendo alcuni effetti della decadenza dal beneficio del termine a quelli della scadenza dei debiti, conseguente al fallimento, intendo appunto dimostrare, non solo l'importanza scientifica della determinazione di quel motivo, sì ancora la pratica utilità di questa determinazione.

a) E, prima di tutto, si può far decadere un commerciante dal beneficio del termine, o si deve obbligatoriamente farne pronun-

(1) Fu aggiunta dietro il parere della Facoltà di giurisprudenza di Pisa per mettere in relazione il Cod. di commercio col Codice civile (art. 1178), in cui si parla di debiti pagabili a volontà del debitore.

(2) Il motivo della mutazione addotto dalla Commissione compilatrice (*Verbali*, n. 775) non si capisce. Infatti — diceva il Mancini per giustificarla — la misura della esigibilità di tutti i crediti sarebbe eccessiva se " si volesse estenderla anche alle rendite ed ai censi perpetui, la cui scadenza non sia obbligatoria a carico del debitore „. Ma vi possono essere rendite o censi di scadenza non obbligatoria?... Non vi sono gli articoli 1786 e 2090 Cod. civile, i quali sanciscono, invece, che pel fallimento ed insolvenza del debitore, o con l'apertura del giudizio di graduazione, si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite?...

ciare il fallimento, costituendo di questo il solo mezzo per ottenere la scadenza di tutti i suoi debiti?

Dissi già in questo Commento (n. 11, pag. 30, nota 2), come io ritenga che la decadenza dal beneficio del termine sia applicabile anche al commerciante (1). Per quanto si riferisce al tema in esame, mi basterà notare che appunto perchè la disposizione dell'art. 1176 Cod. civile ha un diverso fondamento dell'art. 701 Cod. commercio, appunto per ciò l'una statuizione coesiste con l'altra. Il primo sancisce un principio di ragione comune: venendo a mancare il motivo per cui il termine fu concesso, e cioè la fiducia nel debitore, cessa anche l'effetto, e cioè la dilazione al pagamento (2). Il secondo è, invece, una norma imposta dalla necessità di una generale liquidazione, per cui fra gli effetti della sentenza dichiarativa del fallimento vi è pur quello della scadenza di tutti i debiti del fallito. Cosicchè, se il creditore si preoccupa unicamente del proprio interesse, e conoscendo la insolvenza del debitore, lo fa decadere dal termine, usa di un suo diritto, nè fa ingiuria ad alcuno. A tutela del ceto creditorio vi è la vigilanza del tribunale, a cui appunto è fatto dovere di dichiarare, in questa ipotesi, il fallimento, d'ufficio. Certo, se il creditore fa decadere il debitore dal termine, ciò significa, nella massima parte dei casi, che può provarne l'insolvenza nel modo più spiccato, e cioè con la cessazione dei pagamenti verso altri. E siccome egli non è creditore scaduto, non può mettersi al bivio o di aspettare che il termine si compia, o di farsi gestore della collettività per chiedere l'apertura del fallimento. I creditori scaduti abbiano essi quello zelo che esigono dal creditore a termine.

Che se poi non esistesse cessazione di pagamenti, ma una notoria, incontestabile impotenza a pagare per un passivo superiore all'attivo, e per un credito demolito; allora, poichè il fallimento non può pro-

(1) L'argomento fu da me svolto nella monografia: *L'art. 1176 del Codice civile nelle sue attinenze col diritto commerciale* (*Monitore dei tribunali*, 1887, n. 17, p. 845). — La Cassazione di Firenze, con la decisione 7 luglio 1887, fallimento Ravenna c. Rocca (*Temi Veneta*, 1887, p. 360), dopo aver riconosciuto che l'art. 1176, come regola generale di tutte le obbligazioni, investe così quella del debitore civile come quella del commerciante, restrinse poi le conseguenze di tale premessa, aggiungendo che però il Codice di commercio non reputa insolvente il debitore commerciante, se non quando cessi di pagare i suoi debiti, e cada così nello stato di fallimento, che è il *suo stato legale d'insolvenza*. La decisione fu censurata da tutti i più autorevoli periodici di giurisprudenza (si veggano: *Foro it.*, 1887, col. 595; *Raccolta di giur. it.*, p. 449 e 452 con nota del Ricci; *Filangieri*, p. 461 con nota del Vidari; *La Giurisprudenza*, p. 478; *Monitore dei tribunali*, p. 685 con nota del Cuzzeri; *La Legge*, II, p. 293).

Invece, nel senso propugnato nel testo, si è pronunciata la Corte di cassazione di Torino, 24 luglio 1882, Schiaffino c. Banco Sconto di Torino (*Monitore dei trib.*, 1882, p. 1079 e *Giurisprudenza*, p. 655). Rileva questa sentenza: che manca una disposizione di legge, la quale obblighi il creditore di un commerciante a provocare il fallimento onde farlo decadere dal termine; che il tribunale potrebbe respingere la domanda di fallimento, altro essendo la insolvenza e altro la cessazione dei pagamenti; e che è un paradosso manifesto " che il commerciante debitore, per esimersi dalla sanzione dell'art. 1176 del Cod. civile in rapporto col suo creditore, abbia a preferire che questi gli provochi una procedura di fallimento, la quale renda esigibili, con la dichiarazione di esso, tutti i suoi debiti, anzichè contestare con esso la mancanza di altro dei casi di cui l'articolo 1176 Cod. civ., onde sia rigettata la domanda di esigibilità del credito che gli appartiene ". E la Corte di appello di Venezia, nella sentenza 26 dicembre 1886, fallimento Ravenna c. Rocca (cassata dalla Corte suprema di Firenze con la decisione menzionata in questa nota), osserva a sua volta che: l'art. 701 Cod. comm. suppone che sia stato dichiarato il fallimento; e la domanda di questa dichiarazione è *facoltativa* e non già *obbligatoria* pel creditore (*Temi Veneta*, XII, p. 21). Conf. la medesima Corte di Venezia, 24 marzo 1887, fallim. Ravenna c. Cavaglieri (*Temi Veneta*, 1887, p. 177).

(2) POTHIER, *Obligations*, n. 234.

nunciarsi, mancando tuttavia l'estremo della cessazione dei pagamenti, il sottrarre al creditore l'efficace misura della decadenza dal termine, diverrebbe tale odioso privilegio pel commerciante debitore, tale inconcepibile confisca di garanzie, quando le garanzie sono più urgentemente richieste dalle esigenze del commercio, da metter in piena luce l'erroneità della teoria che si oppugna.

Nè, per escludere le indagini giudiziarie sulla condizione del commerciante insolvente ma non ancora cessante dai pagamenti, vale affermare che, con l'ausilio del credito, esso può superare la crisi, e che il credito sfugge ad ogni investigazione. È vero, il commerciante sopperisce col credito alla deficienza del capitale. Ma ciò non esclude che si dia la prova che appunto il debitore commerciante è insolvente perchè, col capitale, è sfumato anche il credito. La prova è più difficile. La sua difficoltà però non conduce alla conseguenza di negare il diritto.

Per ultimo, non isfugga l'anormale condizione che, con questa teorica, sarebbe fatta ai creditori per causa civile d'un commerciante. Essi non potrebbero farlo decadere dal beneficio del termine, sebbene per essi il commerciante sia un privato debitore qualunque, di cui non hanno legittimamente più fiducia. E non potrebbero nemmeno provocare la dichiarazione del fallimento, perchè l'obbligazione, che professano verso di lui, è civile (art. 683 e 687 Codice commerciale). È possibile che il legislatore abbia fatta ad una categoria di creditori una condizione così ingiusta?...

682. *b*) La decadenza dal termine è provvedimento ad esclusivo vantaggio del creditore che lo domanda, e quasi sempre a scapito degli altri creditori, giacchè manifesta l'acuta vigilanza e la previsione di una catastrofe di cui si vogliono, possibilmente, scongiurare i danni. — Tutt'altro è la scadenza dei debiti che si verifica con la dichiarazione del fallimento. Essa è misura di eguaglianza; tutti i creditori sono collocati per essa nella identica condizione (1). D'onde consegue che, mentre la decadenza dal beneficio del termine per insolvenza del debitore, una volta dichiarata dal giudice, consente di effettuare la compensazione, quale mezzo di pagamento; questa compensazione non è concessa nel fallimento, fra un credito del fallito e un debito di lui, scaduto unicamente per la dichiarazione di fallimento (2). Il motivo è evidente. " Dichiarato il fallimento, la sorte di tutti i creditori non muniti di privilegi o di ipoteche è fissata irrevocabilmente: e ognuno deve starsi contento al riparto che gli toccherà. Offenderebbe questa ragione di eguaglianza e si arrogherebbe una preferenza non dovuta quel creditore che, essendo a sua volta debitore del fallito, pretendesse per mezzo della compensazione di conseguire il pagamento intero del suo credito. Ecco perchè tutti gli scrittori riconoscono senza esitazione la inapplicabilità

(1) Sebbene il GIORGI non isvolga l'argomento trattando della decadenza dal beneficio del termine (*Teoria delle obbligazioni*, 2ª ed., IV, n. 408 e seg.), pure, parlando della *compensazione*, enuncia il principio, da me svolto nel testo, in questi termini: " Sebbene il fallimento renda esigibili i debiti non scaduti, ciò avviene, non per favorire i creditori a termine a scapito degli altri; ma soltanto per rendere possibile la liquidazione del fallimento „ (op. cit., 1ª ediz., VIII, n. 16; e conf., IV, n. 416, 2ª ed.).

(2) CASAREGIS (disc. 75, n. 29): " juxta veriorem et communiorem opinionem doctorum affirmantium, quod dato casu decoctionis, debitores decocti non possint compensare eorum debita cum propriis creditis erga decoctum in praejudicium tertii, sed solutis prius eorum debitis, pro eorum creditis teneantur postmodum actionem promovere in judicio concursus ad effectum obtinendi graduationem „. Conf. disc. 21, n. 21, e disc. 155, n. 37. Conf. Cassazione di Firenze, 16 marzo 1886, Morosini c. fallimento Bonelli (*Temi veneta*, 1886, p. 170), che tenne ferma la sentenza 25 giugno 1885 dell'Appello di Venezia (*Temi veneta*, 1885, p. 408).

della compensazione legale ai debiti scaduti a carico del fallito dopo la dichiarazione del fallimento „ (1). In altre parole: la scadenza anticipata del debito non ha lo scopo di profittare al creditore, ma di parificarne la condizione a quella degli altri creditori. Il suo credito, con la dichiarazione del fallimento, si è trasformato in un diritto al dividendo. È questo dividendo, risultante dalla vendita del patrimonio del fallito, o accettato a mezzo del concordato, che potrà compensarsi col credito eventuale professato verso il creditore dal fallito (2).

63. *c*) Non si eleva dubbio dagli scrittori che l'anticipata scadenza di un debito infruttifero, non dà diritto al debitore, decaduto dal termine, di chiedere lo sconto. In realtà, la esigibilità anticipata procura questo vantaggio, talvolta considerevole, al creditore: di ottenere un pagamento che non gli era dovuto, e quindi di fruire della cosa, anticipatamente ottenuta, per tutto il tempo che ancora rimaneva alla scadenza del debito, e durante il quale doveva fruirne invece il debitore. Ma questi non può chiedere che lo si reintegri, con lo sconto, della perdita; perchè il contratto è risolto per sua colpa, e quindi la decadenza deve avere tutti i caratteri d'una vera e propria pena contro il debitore. D'altra parte, il pagamento dello sconto potrebbe esser grave e pregiudicievole al creditore; ed egli non deve subire, sotto alcuna forma, le conseguenze della colpa del suo debitore (3).

Principio affatto contrario è accolto nel giudizio di fallimento: lo sconto deve farsi (art. 768 Cod. comm.). E perchè? Perchè, se il debito a termine si ritiene scaduto con la dichiarazione di fallimento, non è per un beneficio che voglia usarsi al creditore, bensì per rendere possibile la liquidazione. Nella ipotesi, poi, che si esamina, l'anticipato pagamento profitterebbe al creditore a danno degli altri, e distruggerebbe l'eguaglianza dei creditori, che la procedura di fallimento mira appunto a far conseguire.

64. *d*) Anche più netto apparisce il diverso movente delle due disposizioni, che si raffrontano, ove si consideri la condizione dei creditori ipotecari, privilegiati o pignoratizii. Evidentemente non è per essi dettata la prima parte dell'art. 1176 Codice civile, perchè la garanzia speciale di cui godono, esclude che la insolvenza del debitore possa ledere i loro diritti, almeno finchè non provino che la loro garanzia reale è insufficiente

(1) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, 1ª ed., VIII, n. 61, e gli autori da lui citati. — È degno di nota che mentre questo scrittore dichiara che: " non si intendono scaduti i debiti solo perchè la dichiarazione di fallimento rende *esigibili i debiti non ancora maturati* „ il VIDARI, invece, professa opinione affatto contraria, e cioè che i crediti sono bensì da ritenersi *scaduti* ma non *esigibili*, perchè la scadenza imposta dalla legge non basta a determinare l'esigibilità, la quale, per di più, dipende dall'esito della liquidazione (*Corso di dir. comm.*, VIII, n. 4427 e 4436). — Credo ogni distinzione più sottile che pratica. Il Codice di commercio dichiara che i debiti *si intendono scaduti;* e sono poi *esigibili*, con le forme e nel modo compatibile con la procedura di fallimento. Però, nel linguaggio rigorosamente scientifico, bisognerebbe dire che il fallimento rende esigibili verso la massa anche i crediti non iscaduti.

(2) Ben s'intende che se i crediti reciproci fossero ambedue scaduti *prima* del fallimento, questo troverebbe una compensazione già per legge effettuatasi. Ma deve trattarsi di compensazione *legale*, non di compensazione *giudiziale*. La quale, operando *ex nunc*, diventa giuridicamente impossibile dopo la dichiarazione di fallimento pel pregiudizio che risentirebbero gli altri creditori. Si vegga l'applicazione fatta di questo principio dalla Cassazione di Torino nella sua magistrale sentenza del 6 settembre 1867, Accossato c. Finanze, est. Pescatore (*Annali*, II, 1, 179).

(3) Consulta: LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, n. 211; DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, XXV n. 696; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, n. 415, 2ª ed. — Altra cosa sarebbe se l'interesse fosse stato riunito al capitale. In tale ipotesi, il debitore non deve che l'interesse scaduto, e il creditore non può chiedere che quanto gli è realmente dovuto nel giorno in cui ottiene l'anticipato pagamento.

(art. 1980 Cod. civile). Si riferisce ad essi invece la seconda parte; ma per due ipotesi che non hanno attinenza col nostro argomento, e, cioè, quando il debitore, per fatto proprio, abbia diminuite le cautele date al creditore, o non gli abbia date le cautele promesse.

Ebbene, malgrado che la insolvenza del debitore non possa dar diritto ai creditori ipotecari o con pegno di farlo decadere dal termine, se la garanzia reale di cui fruiscono è sufficiente; tuttavia essi pure acquistano un credito puro e semplice con la dichiarazione del fallimento. E perchè? Perchè la generica disposizione dell'art. 701 non poteva distinguere credito da credito, se era dettata dallo scopo di rendere possibile la liquidazione dell'intero patrimonio del fallito. L'opinione, che qui propugno, non è pacificamente accolta; tuttavia parmi che motivi persuadenti inducano ad accettarla (1). Li accenno.

Primo, e saliente, l'origine storica.

Allorchè, nella compilazione del Codice civile francese, il Consiglio di Stato discusse degli effetti del termine apposto alle obbligazioni (2), REGNAUD obbiettava che, secondo l'uso, il fallimento del debitore non rende esigibili le obbligazioni a termine se non quando sono chirografarie, giacchè l'immobile assoggettato all'ipoteca risponde delle obbligazioni ipotecarie... Ma BIGOT-PRÉAMENEU, TREILHARD e RÉAL sostennero che tutte le obbligazioni, di qualunque natura, divengono necessariamente esigibili, perchè non può farsi a meno di procedere alla liquidazione generale dei debiti del fallito. — Altri oratori rilevarono l'opportunità di pareggiare la condizione di tutti i creditori per agevolare le liquidazioni; mentre il costringere i creditori ipotecari a concorrere coi chirografari sugli altri beni, per poi, alla scadenza del loro credito ipotecario, agire sull'immobile assoggettato ad ipoteca, avrebbe complicato senza scopo le procedure. Prevalse questo avviso. L'articolo, che fu poi il 1188 del Codice francese, fu approvato come era stato proposto dalla Commissione.

Il testo della legge commerciale (art. 701) è, del resto, risolvente: *I debiti a scadenza obbligatoria a carico del fallito*..... Dunque TUTTI, senza distinzione.

Lo spirito della legge è altrettanto chiaro. " I creditori ipotecari e la massa chirografaria sono del pari interessati a che i crediti ipotecari sugli immobili del fallito siano liquidati contemporaneamente ai crediti chirografari; l'ipoteca può essere una garanzia insufficiente: ora la garanzia reale non sottrae al creditore i diritti che egli desume dal suo credito personale: egli ha dunque interesse e diritto a realizzare immediatamente il suo pegno, per essere compreso nelle ripartizioni per la parte del suo credito non garantito dall'ipoteca. Da parte loro, i creditori chirografari sono interessati a che gli immobili ipotecati siano venduti prontamente, perchè l'eccedente, se vi è, spetta ad essi „ (3).

(1) Le diverse autorità sono ricordate da AUBRY et RAU *sur* ZACHARIAE, IV, § 303, nota 17. La giurisprudenza francese è per l'opinione che io professo e così il LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, n. 199. Recisamente contrario è, fra altri, il DEMOLOMBE, op. cit., XXV, n. 658 e seg., il quale però riconosce essere la tesi gravissima.

(2) LOCRÉ, *Législation civ. comm.*, ed. BRUX., VI, p. 85, seduta del 18 brumaio anno XII (10 novembre 1803). — Quando venne in discussione il Codice di commercio, il Consiglio di Stato trattò invece largamente la questione se si dovea obbligare il creditore ipotecario ad effettuare l'espropriazione prima di concorrere coi chirografari. Ma si concluse per la negativa, non potendosi costringere il creditore, che gode di una doppia garanzia, a realizzarne preventivamente una che può richiedere una procedura lunga e costosa. LOCRÉ, op. cit., XII, p. 138, sedute del 23 e 25 aprile 1807.

(3) LAURENT, op. cit., XVII, n. 199. — " La scadenza (dei crediti verso il fallito) comprende qualunque specie di credito a termine, garantito o non garantito, di natura civile o commerciale, a titolo oneroso o gratuito, perchè la legge non fa nessuna eccezione, e non havvi altro mezzo per

Si obbietta: — il creditore ipotecario ha due titoli: — quello comune ai creditori chirografari, e per questo entra nella massa e nel fallimento, ed è da ritenersi creditore scaduto; — l'altro titolo, che gli è particolare, lo pone, quale creditore ipotecario o privilegiato, fuori del fallimento. Le norme di questo non lo riguardano; egli segue il diritto comune, per cui non può procedere all'esecuzione finchè il termine non è scaduto (1).

Ma appena si rifletta alle esigenze di una totale liquidazione, quale motivo determinante la disposizione in esame, l'obbiezione svanisce. — È perchè si vuole questa liquidazione completa, che *tutti i creditori*, e quindi anche gli ipotecari, privilegiati, o con pegno, seguono, per la nostra legge, la procedura di fallimento (art. 771 Cod. commercio). Essi devono indicare nella loro dichiarazione di credito il loro diritto di priorità (art. 760 Cod. comm.), e i loro crediti sono verificati come gli altri (arg. art. 776). Anzi il Codice giunge all'esagerazione di ammettere *provvisoriamente* alle deliberazioni del fallimento il creditore di cui si contesti il privilegio o l'ipoteca (art. 767), quasi la contestazione dell'accessorio renda contingibile il credito, così da non consentirne che un provvisorio riconoscimento! (2).

Nè si oppongano i possibili inconvenienti di esecuzioni affrettate e molteplici, quasi ostacolo ad un concordato, e rovina inevitabile del debitore. Naturalmente, se ammetto che il creditore ipotecario a termine si deve ritenere scaduto con l'apertura di fallimento, ammetto però che debba procedere secondo le norme stabilite dal Codice di commercio per effettuare l'espropriazione. Diversamente, come potrebbe invocare il principio della legge del fallimento per far ritenere scaduto il proprio credito, per poi agire all'infuori della procedura che il fallimento disciplina? (3) E a ciò provvede appunto il Codice, col prescrivere un termine, scaduto il quale soltanto possono effettuarsi le vendite (art. 793 Codice commercio); col sospenderle, ove concorrano determinate maggioranze di creditori (articolo 794); con la unità delle espropriazioni non ancora iniziate all'apertura del fallimento (art. 800); con la vigilanza ed intervento del curatore in quelle già cominciate e che si proseguissero (articolo 801). Queste misure sono sufficienti ad ovviare ogni danno pel fallito, e a sal-

---

ottenere una sollecita definizione della procedura di fallimento „. VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4429.

(1) Così sostanzialmente DEMOLOMBE, loc. cit. Anche LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 2693 sono contrari all'opinione professata nel testo, e citano i commercialisti aderenti al loro parere.

(2) La Commissione compilatrice del Codice dichiarò nettamente che: "tutte le norme relative alla verificazione dei crediti sono comuni a tutti i creditori, e quindi anche ai creditori privilegiati e ipotecari „ (*Verbali*, n. 837). E nella giurisprudenza italiana prevale questa opinione. Conf. Corte d'appello di Lucca, 29 ottobre 1880, De Gratta c. Cavalchini (*Annali della giur. it.*, 1880, p. 437): Corte d'appello di Brescia, 11 dicembre 1888, Cocher e Schmid c. Stellini (*Monitore dei trib.*, 1889, p. 290). Scrive giustamente VIDARI (*Corso di diritto commerciale*, VIII, 4607): " Neanche se il creditore con ipoteca, pegno o privilegio, rinunciasse ai suoi diritti eventuali sulla massa chirografaria potrebbe dispensarsi dal far verificare il proprio credito; perchè alla massa chirografaria può sempre importare assai di conoscere se il credito che si asserisce così garantito esista veramente ed in quelle condizioni, e se essa debba quindi permettere che altri, all'infuori dei creditori chirografari, si paghi sui beni che la costituiscono „.

È poi noto che il sistema dell'Ordinanza concorsuale tedesca è assolutamente diverso dal nostro. I soli creditori chirografari fanno parte della massa, perchè solo per essi vale la carta di eguaglianza del fallimento. Si vegga il mio studio *La legge germanica sui concorsi e la legislazione patria sul fallimento* nel " *Manuale di legislazione universale* „, vol. XIII, parte II, appendice.

(3) Tanto basta per rispondere alle obbiezioni d'ordine processuale di alcuni scrittori, richiamati dall'annotatore del DALLOZ, *Recueil pér.*, 1861, 2 107, e che per ciò ometto di citare.

vaguardare efficacemente l'interesse dei creditori.

65. La teorica della decadenza dal beneficio del termine coincide, invece, in alcune parti, esattamente, con quella della scadenza dei debiti conseguente al fallimento. — A complemento della trattazione sarà opportuno ricordare questi riscontri.

a) Un creditore condizionale, come non può far decadere dal termine il debitore, così non diviene creditore scaduto per l'apertura del fallimento. — Il creditore a termine ha un diritto certo; e quindi, sopprimendo il termine, non si modifica la *natura* del diritto, soltanto se ne affretta l'esigibilità. Invece pel creditore condizionale è incerta la esistenza stessa del diritto. — Ma, il creditore condizionale non avrà, per ciò, diritto ad alcuna garanzia per l'eventualità che il suo diritto si realizzi? Al n. 16 di questo Commento sostenni già che il creditore *sub conditione* non può chiedere la dichiarazione di fallimento, perchè esclusi che il fallimento possa ritenersi una misura conservativa. Qui aggiungo che il creditore condizionale non ha diritto a dar voti nella procedura di fallimento, e tanto meno a partecipare a riparti. Egli non è creditore, finchè pende la condizione. Potrà però chiedere una garanzia, o pei riparti, che nel frattempo si facessero, o per la quota che gli spetterebbe dal concordato. Una misura conservativa dell'eventuale diritto gli è concessa dalla legge (art. 1171 Codice civile). La si conceda poi con l'attribuire al creditore condizionale l'aliquota corrispondente al credito, depositandola fino a che la condizione si verifichi; oppure ottenendo dai creditori cauzione per garantire la restituzione della parte che spetterà al creditore condizionale verificata la condizione — non importa. Tali, ed altre, sono modalità di poca importanza per le quali una norma non può dettarsi, ma che si vagliano e si adottano secondo le peculiari circostanze di fatto.

b) Nè la decadenza dal beneficio del termine, nè la scadenza dei debiti, conseguente al fallimento, si estendono al condebitore solidale o al fidejussore, i quali continuano per ciò a godere di tutto il termine contrattuale, finchè, come s'intende facilmente, non vi decadano per la propria insolvenza. Essi si obbligarono per il tempo della scadenza; non possono dunque privarsi del termine per un fatto che non dipende da essi — l'insolvenza, cioè, o il fallimento del condebitore o del debitore principale — e pel quale, fino a prova contraria, non si presume abbiano assunta alcuna responsabilità: *nemo ex alterius facto praegravari debet.*

Ma se la soluzione è pacifica pel condebitore, non lo è pel fidejussore (1). Il motivo del dissenso è questo. Il fidejussore, si dice, è obbligato come il debitore principale; mentre invece i condebitori si ritengono altrettanti debitori principali, e, per conseguenza, ciascuno conserva i diritti che ha stipulati nel contratto, amenochè non vi sia decaduto per fatto proprio (art. 1187 Cod. civ.) (2). — Si scorge però il lato debole di siffatto ragionamento. Certo, il fidejussore si obbliga *come* il debitore, limitatamente però ai patti convenuti nel contratto. Ma altra cosa è quando la decadenza si verifica per un fatto *estraneo* al contratto: l'insolvenza, cioè, o il fallimento del debitore. Allora bisogna provare che, anche in tale ipotesi, il fidejussore intese seguire le sorti del debitore per *obbligo contrattuale.* Dalla natura sola della fidejussione questo non deriva. E quindi il termine rimane pel fidejussore inalterato.

Trattandosi poi del fallimento del debi-

(1) Le autorità sono richiamate dal Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, IV, n. 416, 2ª ediz.

(2) Laurent, *Principes de droit civil*, XVII, n. 214. La teoria del Laurent è, in Italia, accolta dal Ricci, *Corso di diritto civile*, VI, n. 135.

tore principale, la soluzione è anche più semplice: perchè la liquidazione generale, che fa presumere scaduto il debito, non ripercuote i suoi effetti sul fidejussore.

Una deroga parziale al principio vi è nel Codice di commercio. Per l'art. 315 il possessore della cambiale accettata ha diritto di chiedere cauzione ai giranti e al traente se l'accettante è fallito o è divenuto insolvente. Dissi parziale la deroga, perchè non si chiede il pagamento dai condebitori solidali, ma una garanzia del futuro pagamento. Non è dunque che il debito sia divenuto di fronte ad essi esigibile; ma, per eccezione al diritto comune, la condizione profligata del principale debitore, e cioè dell'accettante, fa risentire i suoi effetti sugli altri coobbligati, costringendoli a dar cauzione per assicurare il possessore della cambiale del pagamento in iscadenza.

66. La sentenza, che dichiara il fallimento, sospende, rispetto alla massa dei creditori, il corso degli interessi dei crediti chirografari.

Motivo di tale misura è quello di pareggiare la condizione dei creditori. Questa condizione è stabilita dalla sentenza dichiarativa del fallimento, che trasforma ogni pretesa creditoria in un diritto al dividendo fissato alla data di quella sentenza, e quindi inalterato quale sia la durata della procedura di fallimento. Se fosse altrimenti, i creditori senza interesse si troverebbero danneggiati dai creditori con interesse; e questi stessi si danneggierebbero fra loro in ragione del maggior saggio d'interesse che taluni percepissero in confronto degli altri. Dunque nessun interesse per tutti i creditori chirografari: " ne, positis bonis defecti debitoris sub concursu, anterior (creditor), continuando in cursu fructuum, vel interusuriorum, tactu temporis, totum patrimonium absorbeat, aliosque creditores posteriores spoliet „ (1).

L'eguaglianza della situazione non sarebbe però per questo solo raggiunta, se non si provvedesse a due speciali casi nei quali possono trovarsi alcuni creditori.

Primo caso. Se il creditore ha percepito anticipatamente l'interesse, compenetrandolo nel capitale, o riscuotendolo a parte, non subirà alcuna conseguenza dal fallimento? Egli dovrà diffalcare dal capitale quell'importo che corrisponde all'interesse pattuito, decorribile dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento fino alla effettiva scadenza del debito. Se non si facesse così, gli interessi decorrerebbero tuttavia per lui, malgrado la dichiarazione del fallimento, e la eguaglianza dei creditori sarebbe violata.

Questa soluzione, che a me pare così semplice, è invece respinta dalla massima parte degli scrittori (2). Si dice che, riuniti gli interessi al capitale, si ha una obbligazione indivisibile: gli interessi, accessorio, si confondono col principale; — chi riceve il titolo, per lo più cambiario, riceve una somma capitale e non una somma che si possa scomporre in elementi diversi soggetti a sorti diverse; — infine la distinzione fra capitale e interessi è contraria alla legge di cambio (art. 254 Cod. commercio).

(1) DE LUCA, *De credito et debito*, Disc. 143, n. 13. Il quale nota quindi che se non sono in questione gli altri creditori, il motivo per la sospensione degli interessi non corre più, perchè allora " effectus cessationis redundet ad commodum ac beneficium ipsius defecti debitoris;... ut debitor culposus, ex ejus culpa et delicto, commodum ac utilitatem reportet in damnum innocentis creditoris cui mora commissa est, vel non adimpleta fides contra omnia utriusque scripti ac naturalis juris principia „. (Cfr. lo stesso autore *De feudis*, Disc. 126, n. 16).

(2) V. DEMANGEAT *sur* BRAVARD, V, pag. 183, nota 3; — ALAUZET, op. cit., VI, n. 2494; — LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., II, n. 2699 e la nota 1; — VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4441.

Sono invece favorevoli alla mia opinione: NAMUR, *Le code du comm. belge*, III, n. 1682 e SACERDOTI, *Del fallimento*, p. 124.

Rispondo: — non mi pare esatto che quando gli interessi sono riuniti al capitale si confondano con questo, in modo da non poterli valutare. Potrà discutersi sull'entità dell'interesse; ma, nel dubbio, si determinerà l'interesse al saggio legale. Questo è sicuro: che chiunque riceve una cambiale, o quale prezzo di merci, o per una operazione di sconto, calcola l'interesse fino alla scadenza. Per lo più riceve l'interesse a parte; ma lo riscuote. E quindi non gli può essere lecito, tanto se è il prenditore originario, quanto un cessionario del titolo, di distruggere l'eguaglianza cogli altri creditori, pretendendo di non decontare l'interesse, che, o riunito al capitale, o riscosso a parte anticipatamente, sempre però gli profitterebbe. Con quale giustizia, altrimenti, si valuterebbe l'interesse dei crediti infruttiferi non scaduti — come tosto diremo — se non si valutasse l'interesse pel creditore che ebbe la cautela di riscuoterlo o di calcolarlo anticipatamente?

Nella pratica però si adotta un sistema eclettico. Si ammette, cioè, il credito cambiario nella sua totalità; ma, presumendolo credito infruttifero, lo si sottopone alla norma dell'art. 768 (1). Presumere che una cosa sia diversa da quello che è, pur di trovare una soluzione pratica, discorda troppo dai principii scientifici. Quando il credito è fruttifero, deve tenersi conto del frutto. E se fu pagato prima, deve decontarsi dal giorno della dichiarazione del fallimento alla scadenza del debito. In caso diverso si consacra una irritante ineguaglianza fra creditori; tanto più irritante, se la cambiale, nella maggior parte dei casi, non è che un documento privilegiato del credito; e quindi il creditore che ebbe la preveggenza di farselo rilasciare, e di farsi anticipare gli interessi anche per lungo periodo di tempo, si trova favorito dalla strana presunzione che il credito, che a lui avrà largamente fruttato, sia infruttifero!

Non si confonda però l'ipotesi di un interesse pagato, comunque, anticipatamente, con l'altra ipotesi affatto diversa dello *sconto*. Si vende una merce con la deduzione di un percento sul prezzo pattuito, purchè il pagamento sia fatto o subito, o in brevissimo termine. Il compratore fallisce. Il venditore ha diritto, in ogni caso, e qualunque sia la causa che lo aveva indotto a fare lo sconto, ad insinuare il suo credito nel fallimento per intero, nell'importo integrale della fattura. Lo sconto era subordinato alla condizione del pagamento, che non si è verificato, e non si verificherà all'epoca pattuita, anche se dal fallimento il creditore sarà pagato per intero. La distinzione fra sconto che si concede avuto riguardo alla soppressione della dilazione, e si risolve in un interesse condonato, e sconto indotto da motivi personali per mantenersi la clientela, è inaccoglibile. Porta in sè la incertezza dei criteri, il germe di difficili contestazioni; si ribella ad una valutazione generale; è contrario alla pratica degli affari. Quindi da ripudiarsi (2).

Secondo caso. Il credito è infruttifero e non ancora scaduto. — Potrà il creditore farlo ammettere per intero, e ricevere il relativo pagamento, sia pure in moneta di fallimento? Così facendo, si violerebbe nuovamente la carta d'eguaglianza fra i creditori; perchè, anticipandosi la scadenza di un credito infruttifero, si migliora la condizione del creditore. Il quale, se si tratta di vendita, avrà, secondo l'uso commerciale, aumentato il prezzo in ragione della protratta scadenza, pur lusingando il compratore con l'appa-

(1) Conforme CUZZERI, *Comm. al libro* III *del Cod. comm.* (ed. Tedeschi), n. 158.

(2) L'opinione sostenuta nel testo è propugnata da tutti i più autorevoli scrittori: LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., II, n. 2699; DEMANGEAT *sur* BRAVARD, p. 183, nota 3; NAMUR, op. cit., III, n. 1642; ALAUZET, op. cit., n. 2495; — *Contra:* DALLOZ, *Répertoire*, voce: *Faillite*, n. 264.

La distinzione fra *sconto* e *sconto* è messa innanzi dal CUZZERI (op. cit., n. 159), ma combattuta dal VIDARI, op. cit., VIII, n. 4442.

rente esonero dall'interesse; e, in ogni caso, ricevendo il denaro prima dell'epoca pattuita, può, dalla nuova investita, ritrarre quel profitto che non avrebbe avuto se il capitale gli fosse stato pagato alla vera scadenza.

Di qui la norma dell'art. 768. Per questa disposizione di legge, il creditore che ha un credito infruttifero, non ancora scaduto alla data della dichiarazione del fallimento, lo insinua nella sua integrità. Ma quando si ripartiscono fra i creditori somme ricavate dal patrimonio del fallito, quel creditore percepisce l'aliquota che gli spetterebbe, con deduzione però dell'interesse composto in ragione del cinque per cento all'anno, decorribile dal giorno in cui riceve l'aliquota del riparto, al giorno in cui scadrebbe realmente il suo credito. Tizio insinua nel fallimento di Caio il suo credito di lire mille, infruttifero e non scaduto. Il 1° gennaio si ripartisce fra i creditori un dieci per cento. Il credito di Tizio non scadrebbe che alla fine del giugno successivo. Ebbene, Tizio, in luogo di ricevere lire 100, ne riceverà 97,50 perchè deve dedurre l'interesse legale civile, di sei mesi, decorribili dal giorno del pagamento del riparto a quello in cui il suo credito scadrebbe. — E ci pare encomiabile consiglio l'aver tenuto calcolo del giorno dell'effettivo pagamento del riparto per far decorrere l'interesse a carico del creditore, e non del giorno della dichiarazione di fallimento; mentre soltanto allora che il creditore percepisce una somma in acconto del suo credito non iscaduto, è messo in grado di lucrare di un interesse che non gli spetterebbe (1). Allorchè commenterò l'art. 768 svolgerò con maggior ampiezza l'argomento, trattando, in ispecie, del rimborso delle obbligazioni di una società fallita, obbligazioni che, come è consuetudine, sono emesse ad un tasso e rimborsabili ad un altro.

67. La sospensione degli interessi non colpisce i creditori con pegno, ipoteca o privilegio, finchè la loro garanzia reale è sufficiente per soddisfarli pel capitale e pegli interessi loro dovuti. Il pegno particolare che ebbero la cautela di assicurarsi pel soddisfacimento delle loro pretese creditorie, o la condizione privilegiata che loro fa la legge in ragione della causa del loro credito, esclude la concorrenza dei creditori chirografi sull'ente che è gravato dalla ipoteca, dal pegno o dal privilegio. Questo è facile ad intendersi.

Se non che una difficoltà sorge allorchè la garanzia reale non basta a soddisfare in tutto od in parte taluno fra i crediti garantiti. Data questa ipotesi, quale condizione è fatta al creditore perdente?

Ogni creditore, garantito, ha un doppio titolo per concorrere sul patrimonio del fallito: — la garanzia speciale che gli assegna il titolo o la legge: — e la garanzia generale propria di tutti i creditori.

Quale creditore garantito non deve perdere, se la garanzia particolare basta per pagarlo del capitale e degli interessi. Quale creditore in genere non può concorrere sul pegno comune a tutti i creditori se non nella condizione di tutti gli altri creditori. E siccome per questi gli interessi rimangono sospesi con la dichiarazione del fallimento, così devono rimanere sospesi anche pel creditore garantito quando concorre sul patrimonio comune per insufficienza della garanzia particolare. Sicchè, se la garanzia reale è esaurita *completamente* da precedenti creditori, il creditore, apparentemente cautelato, concorre sul patrimonio del fallito al pari degli altri creditori senza calcolare gli interessi dalla data della dichiarazione del fallimento. — È però possibile che dalla vendita dell'ente affetto dall'onere reale, il creditore abbia percepita una parte

(1) È di contrario avviso il THALLER (op. cit., II, n. 123, p. 12); il quale, in omaggio al principio che gli interessi si arrestano per tutti i creditori, vorrebbe che la riduzione si facesse dal giorno della dichiarazione del fallimento. È questa la norma adottata dal § 58 dell'Ordinanza germanica sui concorsi del 1877, da cui la nostra disposizione fu in parte desunta.

almeno di quanto gli è dovuto. In tal caso, potrà egli dire agli altri creditori chirografari: — in omaggio alla norma dell'imputazione dei pagamenti (art. 1256 Cod. civ.), io imputo quello che ho ricevuto dalla vendita della garanzia reale, *prima* agli interessi dovutimi fino al pagamento effettivo, *poi* a parziale riduzione del capitale; e pel residuo capitale concorro con voi sul patrimonio comune? No, egli non può avanzare simile pretesa, la quale violerebbe nel modo più flagrante la eguaglianza dei creditori chirografari. Giacchè, in realtà, farebbe cadere, sia pure in modo indiretto (e cioè sotto forma di aumento del capitale), l'onere degli interessi sul patrimonio comune; e quindi il creditore, perdente sulla garanzia reale, verrebbe a percepire, anche durante la procedura di fallimento, quegli interessi che rimasero invece sospesi pegli altri creditori. Nè suffraga il richiamo alle norme del diritto comune sulla imputazione dei pagamenti; giacchè esse presuppongono un debitore, libero di pagare in qualunque modo il suo creditore; non un debitore, per cui è la legge che determina in qual modo, per l'eguaglianza dei creditori concorrenti, debbano valutarsi e soddisfarsi i debiti. Facciamo un esempio. Tizio, creditore ipotecario, ultimo iscritto, riceve dalla vendita dell'immobile lire 200. Egli è creditore di lire 2000 per capitale ed interessi decorsi fino all'apertura del fallimento; e di lire 200 per interessi decorsi durante la procedura di fallimento — totale lire 2200. Egli pretenderebbe diffalcare da questo importo le lire 200 riscosse nel giudizio di graduazione, e concorrere cogli altri creditori chirografari per le residue lire 2000. Ebbene, non può far ciò. Egli deve dedurre le lire 200, già riscosse, dalle lire 2000, credito di capitale e interessi al momento della dichiarazione del fallimento, e concorrere per le residue 1800 nella massa dei creditori.

È inutile procurarsi il lusso di citare le vicissitudini alle quali andò soggetta la soluzione della tesi nella giurisprudenza francese e patria, anteriore al Codice in vigore. Una disposizione legislativa, nuova e precisa, completa e chiarisce quanto una dottrina illuminata avea già esposto e una giurisprudenza progressiva avea accolto.

68. Appena si ricordi che la sospensione degli interessi vale *soltanto rispetto alla massa dei creditori*, si deducono le due conseguenze, del resto ovvie, che ora si accenneranno.

La prima: che il fallito è sempre obbligato agli interessi; e di questi risponde, ove il fallimento non sia chiuso con un concordato, ma per mancanza di attivo da dividere. Se, quindi, il fallito, che non potè accordarsi coi creditori, e ottenere i benefici contemplati all'art. 839 Cod. comm., vorrà cancellare dal suo nome la macchia di fallito, dovrà pagare ai creditori anche gli interessi decorsi dopo la dichiarazione del fallimento (art. 816 Codice comm.). Troppo comoda misura sarebbe in vero il fallimento, se, arrestando gli interessi, riducesse i crediti, e agevolasse il modo di pagarli contro la volontà e con danno dei creditori!

I quali, però, se vorranno mantenere integri i propri diritti verso il fallito per la totale ripetizione degli interessi decorsi dopo l'apertura del fallimento, dovranno interrompere la prescrizione in suo confronto secondo le disposizioni del Codice civile (art. 916 Cod. comm.; art. 2125 Cod. civ.). L'insinuazione nel fallimento interrompe bensì la prescrizione dei diritti che si fanno valere verso la massa, in sostituzione del fallito (1). Ma per quei diritti che, o sono strettamente personali al fallito, o estranei

(1) Non intendo perciò il dubbio elevato in proposito dal SACERDOTI (*Del fallimento*, p. 111), il quale, a dirimerlo, chiederebbe una disposizione conforme al § 13 dell'Ordinanza germanica, per cui: " con la insinuazione di un credito nel concorso se ne interrompe la prescrizione ".

al fallimento, o che, come la domanda degli interessi dopo la dichiarazione del fallimento, non possono farsi valere che contro il fallito — per tali diritti, occorre un atto interruttivo della prescrizione in confronto del fallito. Altrimenti si estinguono. Nè varrebbe la giustificazione del *nolenti agere*, se la facoltà d'agire è espressamente concessa dalla legge (art. 699 Cod. comm.).

La seconda conseguenza è: che se vi sono persone coobbligate col fallito, esse sono tenute all'integrale pagamento del debito in capitale ed interessi. Il fallimento non le riguarda. E se quindi un creditore del fallito riscosse parte del credito da un coobbligato, può decontare il ricevuto, prima agli interessi, e poi al capitale, e insinuare nel fallimento il residuo. Su questo argomento, e sugli eventuali diritti dei coobbligati del fallito che abbiano pagato un debito comune, si parlerà diffusamente commentando gli art. 790 e successivi.

69. Non subiscono la sospensione degli interessi quei crediti che, sebbene si riproducano periodicamente, non sono però interessi: come i redditi di un vitalizio; gli assegni per alimenti ecc. Il creditore insinuerà e le corrisponsioni che si vanno maturando durante la procedura di fallimento, e il capitale corrispondente all'annuo reddito, per ottenerne il riscatto (art. 1786 Cod. civ.). Per la rendita semplice, la modalità del riscatto è accennata nel Codice civile (art. 1784). Per le rendite vitalizie, varranno le tavole di mortalità delle società assicuratrici per calcolare il valore del capitale da insinuarsi (art. 1797). Ben s'intende, che il creditore riceverà e corrisponsioni e capitale in moneta di fallimento, ove il suo credito non goda di una speciale garanzia reale in base al titolo costitutivo (1).

In condizione analoga si trova chi ha un credito di soli interessi verso il fallito; p. e. perchè questi ha garantito l'interesse d'un debito altrui. In questo caso, quello che sarebbe interesse pel creditore, è invece capitale pel fallito; cosicchè, se si sospendesse la decorrenza dell'interesse a vantaggio della massa, si sopprimerebbe senz'altro il credito per cui il fallito ha garantito, e di cui deve rispondere, sia pure in moneta di fallimento (2).

—

Art. 703.

Per le pigioni dovute dal fallito, gli atti di esecuzione sopra gli effetti mobili che servono al suo commercio sono sospesi per trenta giorni da quello della sentenza dichiarativa del fallimento, salvi i provvedimenti conservativi e il diritto che il proprietario avesse anteriormente acquistato

(1) Confr. VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4443. — Per ciò che riflette il fallimento di una società assicuratrice sulla vita, si consulti VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, n. 176 e 177.

Trattandosi di assegno alimentare, a cui era obbligato il marito fallito verso la moglie, si sostenne dal curatore della massa, dinanzi l'Appello di Venezia, che, senz'altro, dovesse cessare, dacchè il passivo era risultato superiore all'attivo (articolo 144 Cod. civ., art. 810 e 811 Cod. proc. civ.). Ma la Corte respingeva questa pretesa, motivando: " Il fallimento del debitore non basta a far cessare il diritto degli alimenti a suo carico, finchè esiste una sostanza qualunque. Il creditore soffrirà naturalmente una diminuzione della prestazione dovutagli, stante la insufficienza dell'attivo; e questa sarà la riduzione giusta e proporzionata a cui egli deve adattarsi „. — E riconosceva, per ciò, legittima la insinuazione della moglie pel capitale corrispondente al pattuito assegno; insinuazione che dovea correre la sorte degli altri creditori (decisione 5 ottobre 1880, Pancrazio c. fallimento Tirabosco, *Temi Veneta*, 1880, p. 591).

(2) Confr. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., II, n. 2701 e le note: — SACERDOTI, *Del fallimento*, p. 125.

di riprendere il possesso dei beni locati. Quando egli l'ottenga, cessa di diritto la sospensione degli atti di esecuzione sopra stabilita.

Art. 703.

Se il fallito sia conduttore di immobili per i bisogni del suo commercio, ed il contratto debba continuare oltre tre anni dalla data della dichiarazione del fallimento, la massa dei creditori ha facoltà di chiederne lo scioglimento mediante il pagamento di un giusto compenso.

Sommario.

70. *Il privilegio del locatore secondo il Codice civile.*
71. *L'art.* 701 *del Codice di commercio non è applicabile alla locazione, contratto commutativo.*
72. *La legge civile considera il contratto di locazione come un tutto inscindibile.*
73. *La rigidezza di tale principio è attenuata dall'art.* 703 — *Interpretazione e critica di questa disposizione.*
74. *Il privilegio del locatore nel giudizio di fallimento del conduttore — Configurazione delle varie ipotesi.*
75. *È valida di fronte ai creditori la clausola dello scioglimento dell'affittanza in caso di fallimento del conduttore, a volontà del locatore.*
76. *Se il compenso pattuito nel contratto locativo, in caso di scioglimento dell'affittanza, valga, e goda del privilegio concesso dall'art.* 773 *al compenso determinato in contraddittorio della massa.*
77. *Degli atti esecutivi del locatore — Interpretazione dell'art.* 702.

70. I due articoli, che si commentano, disciplinano la situazione del locatore di immobili, inservienti al commercio del conduttore, nel caso che questi fallisca. Le modificazioni, che già il Codice civile patrio aveva introdotte nel Codice Napoleone, sono ora allargate dal Codice di comm., con una disposizione assolutamente nuova, quella dell'art. 703. Il sistema è affatto diverso dal francese; quindi tanto più meritevole di un esame diligente, per cui, combinando la legge commerciale con la civile, risulti netta la situazione del locatore di immobili nella procedura di fallimento del conduttore.

L'art. 1958, n. 3 del Codice civile fa al locatore di un immobile la seguente normale condizione: gli concede un privilegio sui mobili di cui è fornita la casa od il fondo locato, a garanzia delle pigioni, dei danni recati dall'inquilino all'edificio, e di quanto concerne la esecuzione del contratto. Questo privilegio — che rappresenta una tacita convenzione di pegno — è più o meno esteso a seconda che il contratto di locazione ha o non ha data certa. Se ha data certa, il privilegio si estende al credito della pigione dell'anno locativo in corso (al momento in cui si effettua la vendita dei mobili o si dichiara il fallimento), dell'anno precedente, e delle scadenze successive; — se non ha data certa, il privilegio, non avendo a fondamento, di fronte ai terzi, che l'attualità dell'esercizio della locazione, si limita all'anno in corso e all'anno susseguente.

Facciamo l'ipotesi più ordinaria, quella che il contratto abbia data certa; e si vegga quale condizione enormemente lucrosa è fatta al locatore. Egli ha diritto di ottenere con privilegio, sul prezzo ricavato dalla vendita dei mobili di cui è fornito lo stabile, non solo il pagamento di quanto legittima-

mente gli è dovuto — la pigione dell'anno precedente e di quello in corso — ma sì ancora il pagamento anticipato di tutte le scadenze successive fino a che dura la locazione.

A mitigare l'esorbitanza di questo diritto, che assorbe e schiaccia, nel conflitto, ogni altra pretesa creditoria, si concede agli altri creditori un rimedio: quello di sottentrare nelle ragioni del conduttore; in altre parole: di surrogarlo nel contratto locativo.

Ove i creditori intendano di esercitare questo diritto, tre ipotesi possono verificarsi:

a) I creditori si limitano alla surroga pura e semplice del conduttore. In tal caso, purchè abbiano soddisfatta la pigione scaduta e gli altri debiti maturati e dipendenti dal contratto locativo, nessun divieto può essere loro opposto dal locatore, quando sia garantito della esatta esecuzione del contratto per l'avvenire. Esercitì o non esercitì il locatore il suo privilegio sui mobili che forniscono la casa — questo non importa. Il diritto di surroga i creditori lo ritraggono dalla legge: nè sull'esercizio di questo diritto ha influenza qualsiasi l'esercizio del privilegio da parte del locatore. — Che se poi il contratto di locazione non contiene alcun divieto di sublocare (art. 1573); i creditori, sottentrando nelle ragioni del conduttore, loro debitore (art. 1234), avranno anche il diritto di sublocare, restando personalmente responsabili verso il locatore della rigorosa osservanza del contratto locativo.

b) I creditori intendono di sublocare l'immobile, ma la sublocazione è vietata nel contratto. In questa ipotesi, il locatore ha diritto di opporsi alla surroga, accompagnata dalla sublocazione, purchè però esso limiti il suo privilegio all'anno antecedente e all'anno in corso. — Restringendo il suo privilegio, non danneggia i creditori. Non sorge conflitto irritante di diritti. E quindi la legge non consente che si eserciti una violenza sopra un contraente, rompendo un patto a cui egli avea forse condizionato il proprio consenso alla locazione (1).

c) Esiste il divieto di sublocare, ma il locatore intende esercitare il proprio privilegio per tutta la durata della locazione. In questo caso, siccome il locatore, se si facesse pagare anticipatamente tutti i fitti da scadere, assorbirebbe da solo il valore dei mobili di cui lo stabile è fornito, così la legge adotta un temperamento equitativo, e consente ai creditori anche la sublocazione. Perchè? Per conciliare gli opposti interessi, del locatore, da un lato, e degli altri creditori, dall'altro. Diversamente, che avverrebbe? Che, sebbene il locatore sia stato pagato anticipatamente di tutti i fitti, i creditori, rimasti perdenti per sua causa, non potrebbero trovare un compenso della perdita, essendo loro vietata la sublocazione. Nè deve il debitore profittare dell'immobile, proseguendo egli la locazione, perchè verrebbe ad arricchire a spese dei creditori. Nè il locatore deve riprendere lo stabile, perchè, così facendo, avrebbe ricevuto il prezzo di un godimento che deve ad altri e otterrebbe

(1) Quindi giustamente decideva la Corte di appello di Bologna (25 aprile 1878, Ricciardi, Veroli c. Spedali di Bologna, *Annali*, VII, 2, 539) che " allorchè il locatore limiti l'esercizio del suo privilegio alle pigioni scadute, e tanto più poi quando troncò le relazioni contrattuali col conduttore colla risoluzione dell'affitto, e dimostri così necessariamente che non si poteva più trattare di pigioni scadute, sarà incivile il pretendere al subingresso nell'affittanza, come riesce contradittorio il presupporre la scadenza di pigioni successive dopochè il locatore ha fatto risolvere il contratto (CHIRSI, *Sistema ipotecario*, I, n. 188, p. 187) ". Trattavasi appunto di affittanza in cui era proibita la sublocazione. — Non capisco quindi la censura che move a questa decisione il valoroso LUZZATI (*Dei privilegi e delle ipoteche*, I, n. 600), mentre ne accoglie poi l'opinione, sostenendo (pag. 536) che: il diritto di rilocazione, conseguenza della surroga, dipende *unicamente* dall'esercizio del privilegio del locatore, quando la facoltà di sublocare sia stata tolta al conduttore. — Ciò appunto intese sostenere l'Appello di Bologna.

invece per sè. Dunque? Si lascieranno i luoghi disoccupati? Il colmo dell'assurdo, perchè si sarebbe pagato il fitto senza che alcuno profittasse del godimento (1). — Ecco perchè la legge risolve la difficoltà, concedendo ai creditori, non solo la surrogazione per tutta la durata della locazione, ma anche la sublocazione, malgrado il divieto del contratto. Quando i creditori esercitano questo loro diritto, il locatore non può più esigere il pagamento anticipato di tutte le pigioni da scadere, ma soltanto di quelle scadute, ottenendo però dai creditori le cautele necessarie per la esatta esecuzione del contratto, e, quindi, tanto per le pigioni successive, quanto per ogni altro suo credito eventuale in dipendenza della esecuzione del contratto (2).

È poi superfluo avvertire che, proseguendo la locazione, o direttamente da parte dei creditori, o a mezzo di una sublocazione da essi contratta con terzi, rimane integro il diritto del locatore di chiedere lo scioglimento del contratto nei casi contemplati dal medesimo o preveduti dalla legge, in modo speciale, se l'immobile fosse impiegato ad usi diversi da quello a cui era destinato (art. 1584), o se non fosse fornito di mobili sufficienti (art. 1603) e le cautele date dai creditori non sieno bastanti ad assicurare la pigione.

71. Dall'accennata disposizione di legge, coordinata all'intero organismo dell'istituto della locazione delle *case* (come, con dicitura ristrettiva e inesatta, si esprime la legge) e al modo con cui è fra noi disciplinato, si possono trarre le seguenti illazioni, interessanti il tema che ci occupa:

1ª Il contratto di locazione è bilaterale, commutativo: il godimento dell'immobile procurato dal locatore ha il suo equivalente nella pigione pagata dal conduttore. — D'onde consegue che questo contratto, per l'indole sua, non cade sotto il disposto dell'art. 701 del Codice di commercio. Esso, cioè, non può ritenersi scaduto *pel solo fatto della dichiarazione del fallimento*, indipendentemente da qualunque violazione contrattuale da parte del conduttore fallito. Se fosse altrimenti, la controprestazione del locatore — di procurare il godimento dell'immobile — dovrebbe del pari scadere, siccome equivalente della prestazione del conduttore, costretto a pagare tutte le pigioni per la scadenza del termine, conseguente alla dichiarazione del fallimento. Non v'è chi non vegga, *ictu oculi*, l'assurdo di siffatta soluzione, alla quale si ribella la materiale possibilità di concentrare un godimento, di indole continuata, in un solo momento consumativo.

Le disquisizioni, pertanto, che, special-

(1) Si consulti in proposito LAURENT (*Principes de droit civil*, XXIX, n. 402). Si avverta, però, che l'illustre autore professa, con altri (fra i quali AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, III, 4ª ediz., pag. 145, nota 30), l'opinione che per esercitare il diritto di surroga, e quello conseguente di sublocazione, i creditori debbano disinteressare completamente il locatore, pagandogli tutte le pigioni avvenire. È precisamente il pagamento di queste pigioni che, secondo il LAURENT, surroga la massa nell'affittanza. Ma, a parte che la legge contraria questa interpretazione, è chiaro che per essa la massa non si surrogherebbe al conduttore, ma al locatore: e che, economicamente, pagando a questi, in via anticipata, tutti i fitti, gli si creerebbe sempre una posizione eccezionalmente favorevole, senza che la nuova situazione lo richieda, con violazione della correspettività del contratto, e con pregiudizio enorme dei creditori.

(2) Così, almeno, interpreto io l'articolo 1958, n. 8 del Codice civile. Avverto, però, che diverse sono le opinioni manifestate dagli autori sul modo di interpretare l'accennata disposizione di legge, e, in modo speciale, sui limiti e modalità del diritto di surroga da parte dei creditori. Io accedo all'interpretazione data, fra altri, dal LUZZATI, nella cui opera egregia sono anche esposte le principali opinioni degli altri scrittori (*Dei privilegi e delle ipoteche*, I, n. 594 e *passim*). Quale semplice premessa al commento della legge commerciale, mi sarebbe sembrato eccedere le proporzioni del lavoro, sviluppare anche le ragioni della mia interpretazione.

mente in Francia, si fanno per determinare se si tratta di un contratto condizionale, eventuale, o successivo, allo scopo di evitare l'applicazione della scadenza del termine, e la maturazione di tutte le rate del fitto tuttavia da scadere, mi paiono oziose. Trattandosi di un contratto bilaterale, esso è soggetto alla norma dell'art. 1165 Codice civ., per cui la condizione risolutiva vi è sottintesa se una delle parti non soddisfa al suo obbligo. Il fallimento, per sè, non rappresenta una mancanza di soddisfare a qualche obbligo contrattuale. Non vale opporre che pel fallimento vien meno la garanzia morale che il locatore riponeva nella persona del conduttore e nella sua solvibilità. Questo elemento non è insito nel contratto locativo. Finchè il conduttore tiene fornita la casa dei mobili necessari ad assicurare il locatore del pagamento delle pigioni, la garanzia reale basta. La maggior o minor solvenza del conduttore è coperta interamente da questa garanzia. Fosse il locatore solventissimo, se la casa manca del mobiliare richiesto per le esigenze pratiche del godimento dell'immobile secondo la sua destinazione, il locatore avrebbe sempre diritto di chiedere o nuove cautele o la risoluzione del contratto. Regge dunque l'argomento *a contrario*. — Il criterio della sicurezza pel pagamento dei fitti si desume dalla garanzia reale, non da quella personale. E, conseguentemente, il fallimento non è, per sè, causa di decadenza, se non ha provocata qualche effettiva violazione del contratto locativo, e, in modo speciale, quella del non pagamento delle pigioni scadute (1). — Del resto, un argomento perentorio a suffragio di questa opinione si desume dal tenore dell'art. 703 Cod. comm., il quale ha appunto per presupposto la continuazione del contratto locativo dopo la dichiarazione di fallimento del conduttore.

78. 2ª La legge civile considera il contratto di locazione, nei suoi effetti, come un tutto inscindibile, come la conseguenza di un atto consensuale unico (2). « Le singole rate locatizie — così l'Appello di Milano — non sono altrettanti crediti distinti e separati, ma costituiscono, nel loro complesso, un unico credito, rappresentante il correspettivo del ceduto godimento della cosa locata, e alla di cui giuridica essenza nulla toglie la circostanza accidentale ed estrinseca che il soddisfacimento si faccia a determinati periodi e frazioni », (3). Il considerare il prezzo della locazione, per tutta la durata del contratto, come un sol tutto, se è conforme alla legge, è però irrazionale, perchè nei contratti continuati — quale è appunto il contratto locativo — ogni frazione di prestazione d'una parte ha l'equivalente nella frazione di prestazione della parte contraria. Nella locazione vi è una serie successiva di obbligazioni. Il locatore si obbliga di concedere giorno per giorno, e pel numero d'anni stabilito, il godimento della cosa. Il conduttore, a sua volta, si obbliga di pagare questo godimento, finchè dura. Ogni annualità ha l'equivalente nel godimento e corre parallela con esso. Nell'affittanza vi è il germe di queste successive obbligazioni di pagare il fitto; ma l'obbligo singolo sorge di mano in mano che si attua e matura la correlativa e continuata obbligazione di far godere la cosa. Dunque, sebbene riconosciuto dalla legge positiva, tuttavia è illogico considerare il prezzo dell'affittanza siccome unico, ed acquistato

(1) Confr. Corte d'appello di Lucca, 25 agosto 1871, Dumas c. Coen de La Man (*Annali*, v, 2, 636).

(2) Luzzati, op. cit., n. 542. Questa unità del contratto si desume, oltre che dall'art. 1958, n. 3, anche dall'art. 1617, che consente il compenso per la mancanza del raccolto di un anno con le precedenti raccolte; e, ove non esista possibilità di compenso, stabilisce che la riduzione del fitto sia rimessa alla fine dell'affitto.

(3) Decisione 26 maggio 1866, Antonini c. Hoffenbach e Curioni (*Raccolta della giurisp. it.*, XVIII, 2, 259).

immediatamente al locatore, così da consentirgli di far valere il suo privilegio anche per le rate da scadere, nella eventualità che, o il conduttore, se si tratta di insolvenza civile, o i creditori, in caso di fallimento, non intendano o non possano proseguire la locazione, con le garanzie che il locatore ha diritto di pretendere, e che già si accennarono al n. 70.

Appunto ad attenuare la esorbitanza di questo principio (anche più grave in Francia, di fronte all'art. 2102, n. 1 del Codice Napoleone, il quale, se esiste contratto autentico, privilegia tutte le pigioni scadute e da scadere), gli scrittori francesi si industriarono con ingegnose, sottili, ma punto solide teorie, a discettare sulla natura del diritto del locatore. Lo qualificarono *condizionale*. Dissero, cioè, che l'obbligo di pagare la pigione è subordinato ad una condizione sospensiva, quella, cioè, della concessione successiva del godimento, senza cui le pigioni non sono dovute. Quindi, se in seguito al fallimento, il conduttore non può avere più il godimento, non deve pagare nemmeno il correspettivo (1). Non è difficile confutare questa dottrina. In ogni contratto bilaterale, ciascuna delle parti cessa di essere obbligata, se l'altro contraente non adempie la sua obbligazione. In tal caso, vi ha *risoluzione* di contratto (art. 1165); il che necessariamente implica la cessazione di un contratto che altrimenti esisterebbe. — Altri sostennero che il credito del locatore è *eventuale;* esiste, cioè, solo in quanto il locatore eseguisca il contratto; dunque non si può considerare il prezzo dell'affittanza come unico, ed acquistato immediatamente al locatore, perchè non esiste l'obbligo di pagare la pigione che nella misura precisa del godimento che si riceve, e a cui il pagamento della pigione è subordinato (2). In realtà, questa opinione, se ha un difetto, è nella terminologia. Il credito che si dice *eventuale*, è il credito che deriva da qualunque contratto continuato. Quindi, aderiamo alla teoria così corretta; ma ripetiamo che alla sua applicazione resiste la legge positiva. Infatti, la Cassazione francese non si rimosse mai dall'avviso di ritenere la unità del contratto locativo, e di riconoscere al locatore il diritto alle pigioni da scadere. Solo che, erroneamente, attribuì questo effetto al fallimento del conduttore, quale causa di decadenza dal beneficio del termine; mentre quell'effetto derivava esclusivamente dalla eccessiva disposizione dell'art. 2102, n. 1 del Codice Napoleone (3). L'enormezza delle conseguenze, per cui il locatore diveniva il vampiro delle principali attività d'ogni fallimento, consigliò il legislatore francese a proporre un rimedio. E questo si concretò nella legge del 12 febbraio 1872, la quale modificò gli articoli 450 e 550 del Codice di comm. francese (4).

Secondo questa legge: o i mobili e le merci continuano a rimanere nei luoghi affittati, e la situazione del locatore non muta. Egli non può, pel fallimento, chiedere la risoluzione del contratto locativo. O i mobili sono venduti, e allora diventa esigibile il credito delle pigioni, non già in causa del fallimento, ma in causa della realizzazione del pegno. — Quale è l'estensione del privilegio del locatore sul prezzo della vendita? Il locatore ha privilegio per le due annate precedenti alla dichiarazione del fallimento, e per l'annata in corso,

(1) La tesi è sostenuta con molto ingegno dal MOURLON, nel *Recueil* di DALLOZ, 1865, 1, 201; e dal DEMANGEAT *sur Bravard*, op. cit., v, p. 141.

(2) Questa opinione, propugnata dapprima dal THIERCELIN (DALLOZ, *Recueil*, 1862, 2, 1), fu poi accolta da altri scrittori.

(3) Ricordo le sole principali decisioni della Cassazione di Francia: — due del 28 marzo 1865, una delle quali preceduta da egregia relazione del GASTAMBIDE (*Recueil*, 1865, 1, 201); — 26 marzo 1868 e 16 febbraio 1870 (*Recueil*, 1872, 1, 95 e 1870, 1, 261).

(4) È riassunta nel DALLOZ, *Recueil*, 1872, 4, 34, in cui è riferita, per la massima parte, la relazione parlamentare di DELSOL.

nonchè per le indennità che gli fossero dovute, avuto riguardo sia all'abuso del godimento, sia alle riparazioni locative, sia al pregiudizio risultante dalla risoluzione del contratto, ed in generale per quanto concerne l'esecuzione del medesimo (1).

Certo non è questa la soluzione, a cui la scienza e la pratica commerciale aspirano.

Quale sarebbe, per un legislatore, la linea di condotta da seguire? Lo dirò col THALLER. « Bisogna riconoscere che nei casi nei quali la massa rifiuti di sostituirsi al debitore per l'esecuzione effettiva della convenzione, questa sarà risolta di pieno diritto pel fallimento, ed il danno, che risulterà da questo scioglimento pel locatore, darà diritto a una domanda di indennizzo. Questa conseguenza, ne convengo, non è in armonia col principio ordinario, per cui il creditore è solo giudice per decidere, di fronte alla inesecuzione del contratto da parte dell'altro contraente, se è utile risolvere l'affare, o chiederne la rigorosa esecuzione. Ma è imposta assolutamente dall'economia del fallimento: tale stato giuridico richiede una liquidazione di tutti i contratti in corso ai quali è vincolato il debitore. È soltanto una simile metamorfosi che consentirà, in qualche modo, al credito di affinarsi col patrimonio del debitore e di immedesimarvisi. Ogni altro sistema non può provocare che oscurità » (2).

Risponde a questo insegnamento e alle esigenze della pratica, la disposizione dell'art. 703 del Codice di commercio? — Vediamolo.

73. La disposizione è breve, e la brevità potrebbe costituirne un pregio, se la norma non fosse specifica, e per ciò stesso inadeguata a risolvere completamente il problema. Essa configura due ipotesi: — 1ª che il contratto di locazione di un immobile pei bisogni del commercio del fallito debba durare non oltre i tre anni dalla data della dichiarazione del fallimento; e in questo caso la massa deve rispettarlo; — 2ª che il contratto debba durare oltre il triennio, e la massa ha facoltà di chiederne lo scioglimento pagando al locatore un giusto compenso.

La facoltà della risoluzione del contratto locativo per la massa dipende dunque, unicamente, dalla lunghezza della locazione. Criterio antigiuridico: perchè se il fallimento è causa di risoluzione del contratto a vantaggio della massa, lo deve essere sempre, e non nella sola ipotesi che il contratto duri per più di tre anni. Il diritto all'indennizzo compensa il locatore della cessazione anticipata del contratto; ap-

(1) L'indole peculiare di questo lavoro esclude l'esame analitico della legge francese. Accennai soltanto in qual modo essa ha tentato risolvere il grave e pratico problema. Chi vuol conoscerla a fondo consulti, fra i più recenti scrittori, LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n. 3031 e seg. Aggiungerò solo che la legge non ha fatto buona prova, perchè, come scrive THALLER (*Des faillites en droit comparé*, II, n. 126), è di cattiva fattura, manca di vedute generali, di spirito deduttivo; non è lavoro armonico; rappresenta il primo espediente che venne sotto mano per riparare gli inconvenienti che la pratica avea segnalati. — Conferma il giudizio dell'illustre scrittore, la giurisprudenza. Si disputa, ad esempio, se per la legge del 1872 si possa obbligare il proprietario alla risoluzione. E la Corte di Rouen (23 giugno 1884, *Journal des fall.*, 1885, p. 173) decise negativamente. A questo risultato non dovea certo mirare una legge, la quale avea lo scopo di svincolare il fallimento dalle esagerate pretese dei locatori!

(2) THALLER, *Des faillites en droit comparé*, II, n. 126, p. 23.

L'Ordinanza germanica consente, per principio generale, all'amministrazione del concorso di surrogarsi al fallito in tutti i suoi contratti bilaterali (§ 15). Riguardo alle locazioni di immobili sancisce che, se il fallito è conduttore, l'apertura del concorso dà diritto ad ambedue le parti di domandare lo scioglimento nei termini di legge e di consuetudine (§ 17, n. 1), con diritto all'indennizzo a favore del locatore, che lo farà valere, quale creditore concorrente, a meno che, per le leggi speciali, non abbia diritto ad un pagamento privilegiato (§ 21). Il riferimento alle leggi civili è giustificato dalla loro diversità fin qui esistente nell'Impero germanico.

punto perchè, nella possibile latitudine della sua determinazione, comprende e provvede a tutti i casi verificabili, ed è poi, come giustamente fu sancito, un credito, per l'indole sua, privilegiato (art. 773, n. 2). — Criterio antieconomico: perchè, mentre pur riconosce la necessità di un temperamento equitativo nel conflitto fra l'interesse dei creditori e quello del locatore, lo ammette solo allora che la locazione è superiore al triennio (periodo affatto arbitrario); mentre, nelle varie contingenze che la pratica può presentare, anche un triennio di forzato rispetto della locazione può essere fatale ai creditori, e per l'esiguità dell'attivo da dividere, e per la necessità di una rapida liquidazione, e per la impossibilità di trarre comunque profitto dall'immobile affittato.

Povera difesa della disposizione in esame fu il dire " che nel contratto di locazione di immobili destinati ai bisogni del commercio può ritenersi insita la condizione della continuazione del commercio, e che quindi, senza offesa ai diritti dei terzi, possa concedersi alla massa la facoltà di chiedere lo scioglimento della locazione „ (1). La conclusione a cui si doveva logicamente arrivare dopo simile premessa, era quella dello scioglimento delle locazioni in tutti i casi, nei quali ai creditori non fosse sembrato invece opportuno o di proseguire il commercio del fallito, o di sublocare l'immobile. Forse che per le locazioni, le quali devono durare almeno un triennio dopo l'apertura del fallimento, non regge l'identica presunzione che sieno state assunte in vista di poter continuare il commercio, e debbano quindi cessare se il commercio non si esercita più?...

Il provvedimento è poi manchevole. Prima di tutto doveva stabilire un termine entro il quale i creditori fossero obbligati ad esprimere la loro volontà. In secondo luogo, non scioglie tutte le difficoltà che la situazione presenta, anzi trascura la maggiore. Esso, cioè, lascia inalterato il privilegio del locatore quale è disciplinato dal Codice civile, nella sua intollerabile ed irritante estensione, limitandolo solo nella ipotesi che la locazione debba durare per oltre un triennio, e la massa chieda lo scioglimento del contratto. — Le qualifiche di intollerabile e di irritante, attribuite al privilegio del locatore, nel giudizio di fallimento, non sono una frase rettorica. Giacchè, se l'esercizio di quel privilegio nei giudizi ordinari civili è sottrazione di attività, che altrimenti si distribuirebbe in modo proporzionale fra i creditori; nel fallimento, il privilegio si fa valere quasi interamente sulle merci degli altri creditori non ancora pagate. Sicchè, precisamente, il conflitto d'interessi fra creditori è anche più aspro.

Ancora: la stessa legge, contemplando l'eventualità del triennio, viene, inconsciamente, a peggiorare la condizione dei creditori. Perchè il locatore potrà farsi forte della disposizione che si esamina per dimostrare: che se egli avrebbe avuto diritto al mantenimento del contratto, se questo avesse dovuto durare tuttavia un triennio, non deve essere pregiudicato nei suoi interessi solo perchè la durata del contratto è maggiore, ed è quindi a supporsi che più grave sia la lesione che soffrirà pel suo intempestivo scioglimento. E poichè non gli è concesso di restringere il contratto nei limiti del triennio per renderlo obbligatorio per la massa, potrà indurre, con l'accennata considerazione, la magistratura ad aumentare l'indennizzo, per criteri desunti, non dal fatto e dalle sue reali conseguenze, ma dalla stessa norma legislativa. La quale, per non condurre a flagranti contraddizioni e ad accentuate ingiustizie nella sua applicazione, obbligherà il giudice ad una stregua di valutazione anche astratta, ma conforme alla legge. Quanto meglio non sarebbe stato, pertanto, concedere senza altro alla massa il diritto di risolvere il contratto pagando un *giusto compenso* al

(1) Verbali della Commissione compilatrice, n. 775.

locatore, quale potesse essere tuttavia la durata del contratto?

Per ciò che riflette la misura di tale compenso, la Corte d'appello di Venezia ammise che i criteri per determinarlo dovessero essere somministrati al giudice da una perizia (1); non arbitrariamente adottati dietro nozioni più o meno esatte, che il magistrato può avere personalmente, ma che non possono assumere la dignità e il valore di dati tecnici e pratici, positivi e concreti.

I criteri, che dalla perizia devono ritrarsi, saranno, sostanzialmente, questi due: — quale affitto potrà il locatore probabilmente ritrarre dalla locazione, avuto riguardo alla qualità e destinazione dell'immobile, alle condizioni e agli usi particolari del luogo in cui si trova; — quale possibilità ha il locatore di un nuovo affitto. — Faranno poi parte integrale del compenso, gli indennizzi che, per patto o per legge, spettino al locatore in dipendenza della inesecuzione del contratto locativo (art. 1958, n. 3, Cod. civile).

74. Combinando insieme la legge civile e la legge commerciale, quale è, pertanto, la condizione del locatore di immobili inservienti al commercio del conduttore fallito, nel giudizio di fallimento?

Configuriamo le varie ipotesi che possono verificarsi.

a) Il contratto di locazione dura oltre un triennio dalla dichiarazione del fallimento. La massa ne chiede lo scioglimento. Se non è possibile un accordo, il giudice determina il *giusto compenso* dovuto al locatore. — È il caso specifico contemplato all'art. 703. Il compenso godrà del privilegio concesso dall'art. 1958, n. 3 del Codice civile (art. 773, n. 2, Cod. comm.).

b) Il contratto dura oltre il triennio, ma la massa non ne chiede lo scioglimento. In tal caso essa sottentra nelle ragioni del fallito per tutta la durata del contratto locativo. Può esercitare direttamente il commercio o l'industria del fallito nei locali affittati. E può sublocare, se non esiste alcun divieto nel contratto (art. 1573). — Se invece esiste il divieto, allora: o il locatore intende di esercitare il suo privilegio per tutta la durata della locazione sui mobili che forniscono lo stabile, inserviente al commercio del fallito, e questa sua pretesa autorizza senza altro la massa a sublocare, malgrado il divieto (art. 1958, n. 3); o il locatore rinuncia al suo privilegio per i fitti da scadere, e allora la sublocazione non è più permessa. Il locatore diviene un creditore chirografario; e pel suo credito complessivo delle future pigioni entra nella massa e riceve il trattamento degli altri creditori.

Sembra ipotesi irrealizzabile questa di un locatore che si accontenti di ricevere in moneta di fallimento le future pigioni. Pure può verificarsi, ed in Francia si è già verificato, malgrado gli avvedimenti della legge del 1872 (2). Può darsi benissimo che un proprietario abbia interesse ad abbandonare ad un fallimento il godimento di un immobile, verso il pagamento *immediato*, in moneta di fallimento, di tutte le pigioni da scadere. Infatti, se si tratta di affitto di una certa entità, duraturo per lungo tempo; di un fallimento che offra un dividendo soddisfacente; il locatore può trovare del suo interesse di ricevere subito, capitalizzato, il fitto di molti anni, calcolando l'*interusurium* delle somme a lui pagate prima della scadenza. — Verificandosi questa ipotesi, la massa sarà obbligata a chiedere la risoluzione del contratto, siccome eccedente la durata del triennio. Sarà costretta, così, a subire la volontà del locatore, diretta, manifestamente, a conseguire il compenso e a sciogliersi dall'affittanza.

Una domanda: potranno i creditori ce-

(1) Decisione 18 ottobre 1887, Pace Verzini c. Fallimento Veronesi (*Temi Veneta*, 1887, p. 556).

(2) Anzi, malgrado questi avvedimenti! Si vegga la nota 1 a pag. 145.

dere l'affittanza? Taluno offrè un concordato, purchè gli sieno cedute le attività del fallito, compresa l'affittanza del locale in cui si esercita l'industria o il commercio. La massa può, senza il consenso del locatore, effettuare la cessione? Non lo può: perchè l'art. 1958 parla soltanto di sublocazione; perchè, mentre con la sublocazione rimane responsabile della esecuzione del contratto il sublocatore insieme al subconduttore, ciò non si verifica nella cessione. Ora la legge (art. 1958) vuole invece che i creditori sieno responsabili della esecuzione del contratto locativo verso il locatore. Non possono dunque che, o sottentrare direttamente nelle ragioni del conduttore fallito, o sublocare l'immobile (1). Ed è poi conseguenza logica che se dalla sublocazione si ritrarrà un prezzo superiore alla pigione, l'utile sia in ogni caso della massa (2); anche nella ipotesi che il locatore si sia contentato di ricevere le pigioni da scadere in moneta di fallimento.

c) La durata della locazione, successiva all' apertura del fallimento, sta nel triennio.

Come ripetutamente s'è detto, il fallimento, per sè, non è causa di risoluzione del contratto — e l'art. 703 è il riconoscimento legislativo più evidente di questa massima (3). Dunque il locatore non ha diritto, pel solo fallimento, e senza che si sieno verificate violazioni o di patti o di legge da parte del conduttore, di chiedere la risoluzione del contratto. Nè possono chiederla i creditori, in base alla disposizione che si commenta. La questione dunque che può farsi è sulla durata del privilegio. In questo caso, l'art. 1958, n. 3 del Codice civile ha la sua normale applicazione. Di essa ebbi già ad occuparmi; nè intendo ripetermi (n. 70).

75. L'indole del lavoro consiglia ora a risolvere due questioni che nella pratica possono verificarsi.

1ª Sarà valida, di fronte ai creditori, la clausola contenuta nel contratto di locazione, che, in caso di fallimento, l'affittanza sarà sciolta di pieno diritto a volontà del locatore?

Io ammetto di sì. Sottentrando nelle ragioni del conduttore, i creditori non hanno maggiori diritti di lui da far valere in confronto del locatore. Quindi *pacta servanda*. Del resto, la clausola non è contraria all'ordine pubblico, nè vietata dalla legge. La libertà delle convenzioni è dunque sovrana. L'art. 703 Cod. comm. e l'articolo 1958, n. 3, Cod. civile disciplinano il caso più ordinario, in cui l'affittanza non contenga una clausola formale di risoluzione nel caso di fallimento del conduttore. Lo stesso art. 702 Cod. comm. suppone che il proprietario possa aver acquistato anteriormente al fallimento il diritto di riprendere il possesso dei beni locati. Ora, il fallimento è appunto l'avvenimento che matura il diritto in germe nel contratto di locazione. E quel diritto deve rispettarsi (4).

(1) Conforme LUZZATI, op. cit., n. 603.

(2) In proposito non intendo la contraria opinione del LUZZATI, op. cit., n. 604, concorde a quella del PACIFICI-MAZZONI; la quale, per quanto sembra, suppone che i creditori sieno pagati interamente e vi sia un sopravanzo dal ricavato della sublocazione. Ipotesi che troppo sconfina dalla realtà, per meritare considerazione.

(3) Noto — e sia pure per abbondanza — che appunto perchè il fallimento non è un'applicazione dell'art. 1176 del Codice civile, esso non provoca la decadenza del fallito dall'affittanza, quando sia in ordine col pagamento delle rate di pigione e non abbia commesso altre violazioni contrattuali, per cui il locatore abbia acquisito il diritto, anteriormente alla pronuncia di fallimento, di ottenere la risoluzione del contratto. Si tratta, come ripetutamente dissi, di una liquidazione generale del patrimonio. La quale, dovendo farsi nell'interesse comune delle parti, nel modo più sollecito ed economico, consiglia dei provvedimenti eccezionali, quale è appunto quello adottato dal legislatore patrio nell'articolo che si commenta, e quello più efficace della legge germanica della risoluzione immediata, come fu detto nella nota 2 a pag. 145.

(4) Di questa opinione si è pronunciato il Tribunale civile della Senna nella sentenza 26 maggio

76. 2° Per l'art. 773, n. 2 del Codice di commercio, il compenso, che la massa paga al locatore per lo scioglimento anticipato della locazione, gode del privilegio concesso dall'art. 1958, n. 3.

Può, ora, verificarsi questo caso: che nel contratto locativo sia già determinato il compenso dovuto dal conduttore ove avvenga lo scioglimento della locazione per sua colpa. Questo compenso è obbligatorio pei creditori, qualora intendano di profittare del disposto dell'art. 703 e sciogliere la locazione? E se è obbligatorio, gode del privilegio attribuito al *giusto compenso* che sia stato altrimenti determinato in contraddittorio dei creditori?

Che il compenso consensuale sia obbligatorio anche pei creditori non metto dubbio, ove, ben s'intende, essi vogliano profittare della concessione della legge e sciogliere la fittanza. Potrebbe obiettarsi che lo scioglimento, in tale ipotesi, non è conseguenza di una violazione contrattuale del conduttore, ma bensì l'uso di una facoltà concessa dalla legge ai creditori, quali terzi, non nella rappresentanza del fallito. Ma l'obbiezione sarebbe più sottile che soda. Pel locatore vi ha scioglimento di locazione; ed è contro questa eventualità ch'egli volle premunirsi con una clausola penale. È vero che lo scioglimento non è provocato direttamente dal conduttore. Ma indirettamente sì: il suo fallimento, cioè, è la causa creatrice di quella situazione giuridica per la quale i creditori hanno la facoltà di sciogliersi dall'affittanza. Dunque il compenso già prestabilito è obbligatorio per la massa, come lo è, naturalmente, pel locatore, pel quale, invertendo i termini, varrebbe la stessa argomentazione.

La seconda risposta è collegata intimamente alla prima. Se il compenso consensuale surroga quello che avrebbe altrimenti potuto stabilirsi in confronto dei creditori, esso gode il medesimo privilegio di questo. Dirò di più. Io ammetto che, in ogni caso, il compenso consensuale debba essere privilegiato, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 703 del Codice di commercio. Se, infatti, il privilegio è dalla legge esteso, nei termini più generali, *a tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto* (art. 1958, n. 3), come può dirsi che la clausola penale per lo scioglimento derivante da colpa o recesso del conduttore ha " effetti giuridici ben distinti da quel contratto di locazione, nel quale la legge scorge l'origine di crediti meritevoli di posizione privilegiata? „ (1). Il danno che si reca con la violazione di un contratto, non è effetto distinto dal contratto; ma è una conseguenza immediata della sua inesecuzione. Per l'articolo 1611, nel caso di risoluzione di contratto per colpa dell'inquilino, questi è obbligato a pagare la pigione pel tempo necessario ad una nuova locazione. Dunque, l'indennità, in questo caso, è non solo riconosciuta, ma determinata dalla legge. E se a questa determinazione dipendente dalla possibile rilocazione, e che può subire vicende infinite, si surroga una clausola penale, che concreta stabilmente l'indennità, deve ammettersi che pur essa concerne la esecuzione del contratto e pur essa debba essere privilegiata. Non si troverebbe poi un motivo appagante per privilegiare l'in-

1882, *Journal des faillites*, 1882, p. 354, ed implicitamente l'Appello di Parigi, 16 gennaio 1884 (*Journal des faill.*, 1884, p. 54). L'opinione fu combattuta dal DUBASTY nello stesso giornale (1882, p. 44). Il quale sostenne: che la legge francese del 1872 fu fatta nell'interesse della massa; che la legge sui fallimenti è d'ordine pubblico; che quindi una stipulazione fra locatore e conduttore non può violarla, se lede l'interesse dei creditori, i quali intendono proseguire la locazione. Ammette però che di fronte alla legge precedente del 1858 la clausola avrebbe potuto riconoscersi valida, giacchè se la legge non escludeva la risoluzione giudiziale, poteva ben tollerare la risoluzione convenzionale. Sicchè, in sostanza, la critica del Dubasty (che non mi pare decisiva nemmeno di fronte alla legge del 1872) non infirma la soluzione da me accolta di fronte alla legge patria.

(1) Così il LUZZATI, op. cit., n. 571.

dennizzo pei danni materiali recati all'edifizio, e non quello che rappresenta del pari una diminuzione del patrimonio del locatore, derivante dalla inesecuzione del contratto da parte del conduttore.

77. Nel rapporto della Commissione alla Camera dei deputati francese, steso dal Quenault, sono riferiti i motivi della disposizione contenuta nell'art. 702, che ora si commenta. Ecco il brano di quella relazione (1): " Una delle principali conseguenze della dichiarazione giudiziale del fallimento è di far cessare le esecuzioni individuali contro il fallito... Il proprietario o locatore, anche più favorito dalla giurisprudenza, è considerato comê fuori del fallimento per quanto si riferisce al suo privilegio sui mobili che forniscono i luoghi affittati. Egli può senza attendere la verificazione, e fin dall'inizio della procedura di fallimento, esecutare e far vendere gli effetti mobili che servono all'esercizio del commercio del fallito, e così distruggere le ultime risorse del debitore e dei creditori. Il governo, colpito da questo inconveniente, ha pensato che per conciliare in giusta misura gli interessi della massa con quelli del proprietario, si potevano sospendere per la durata di trenta giorni gli atti esecutivi che gli spettano, per concedere ai creditori il tempo necessario per riunirsi e avvisare ai modi per disinteressare il locatore. Ma non si ritenne di poter impedire l'esercizio del diritto che sia stato in alcuni casi già acquisito dal proprietario di riprendere il possesso dell'immobile affittato. Se questo caso eccezionale si verifica, la sospensione della esecuzione sui mobili del fallito non ha più scopo; perchè i mobili del fallito non possono uscire dai luoghi affittati senza che si conceda almeno al proprietario la facoltà di farli sequestrare per conservare l'esercizio del suo privilegio. Questa facoltà recherebbe alla massa delle spese, che sarebbero in pura perdita, perchè non si potrebbe, in ogni modo, scongiurare la interruzione del commercio del fallito. La vostra Commissione ha quindi pensato che, verificandosi questo caso, meglio valeva dichiarare senz'altro che l'esecuzione non sia sospesa „.

Dunque il locatore per trenta giorni, da quello della sentenza dichiarativa di fallimento — escluso il giorno della pronuncia (2) — deve sospendere gli atti di esecuzione sopra gli effetti mobili che servono al commercio del fallito.

Sono sospesi — dice la legge. Parrebbe dunque che contemplasse la sola ipotesi che gli atti esecutivi fossero stati già iniziati; non l'altra che cominciassero dopo la dichiarazione del fallimento. Non è così; anzi sarebbe assurdo che fosse così. Se si deroga il diritto comune per la sospensione, e si giustifica la misura adducendo l'interesse della massa; l'argomento rimane inalterato anche se gli atti esecutivi si comincino nel periodo dei trenta giorni. Chi non può far il più — proseguire l'esecuzione incominciata — non può far il meno — iniziarla. Ma la dicitura della legge è scorretta, e si doveva modificare (3).

La sospensione riflette i soli mobili che *servono al commercio*, non tutti quelli che forniscono l'immobile affittato, e sui quali

(1) È riferito dal RENOUARD, op. cit., 3ª ed., I, 408. L'art. 450 del Codice francese del 1838, conforme al nostro art. 702, fu modificato, come già si è detto, dalla legge del 12 febbraio 1872; ma il terzo alinea del nuovo articolo riproduce, nella sua sostanza, la precedente disposizione.

(2) Escluso: per la dicitura della legge; perchè quando la legge commerciale volle compreso il giorno da cui comincia la decorrenza di un termine lo disse (art. 686); per applicazione analogica dell'art. 43 Cod. proc. civ.; e perchè i giorni di un termine perentorio devono essere liberi, interi, a favore della massa.

(3) Così opina anche VIDARI, d'accordo col RENOUARD (*Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4421), affermando che l'ipotesi della sospensione *comprende indubbiamente* quella che si vogliano iniziare gli atti esecutivi.

il locatore esercita il suo privilegio (articolo 1958, n. 3). E quando si dice *commercio*, s'intende inclusa anche l'*industria*; perchè, nel linguaggio legislativo, la disciplina giuridica degli atti di commercio si estende e al commercio e alle industrie manifatturiere (1).

Ma quali sono i mobili che servono al commercio, pur intesa questa indicazione nel suo più ampio significato?

È nota la disputa per determinare quali siano i mobili sui quali si spiega il privilegio del locatore, e dei quali il locatore ha diritto che sia fornita la casa, almeno in modo sufficiente per assicurargli la pigione (art. 1603). Io accetto l'opinione per cui la determinazione si desume dalla *destinazione* dell'immobile, e dal *rapporto logico* fra questa destinazione e la natura degli oggetti introdotti. " Quindi, criterio direttivo della determinazione delle *invecta et illata* colpite dal privilegio, dovrà dirsi il giusto e logico assegnamento che il locatore abbia dovuto fare sul valore delle cose introdotte nel fondo, siccome mezzi per l'uso del fondo medesimo, secondo la destinazione espressamente o tacitamente pattuita, per trovare in quelle cose la garanzia del prezzo di locazione „ (2).

Applicando questo criterio alla specie in esame, sono mobili che servono al commercio quelli che rendono l'immobile locato idoneo alla destinazione sua, e cioè all'esercizio del commercio del conduttore. E si avverta bene, che il privilegio colpisce questi mobili, tanto se nella affittanza è indicato l'uso che il conduttore intende fare dell'immobile affittatogli, quanto se la indicazione manchi, e anche se l'uso è in realtà contrario alla destinazione indicata nel contratto. " In queste ultime ipotesi, non si troverà menomata la presunzione della legge, relativa ad una tacita costituzione di pegno, perchè la presunzione stessa va compagna al fatto dell'uso del fondo, e si suppone che il locatore tacitamente acconsenta alla destinazione che il conduttore dà al fondo locato „ (3).

Quindi sottosteranno al privilegio gli attrezzi, gli utensili, le macchine, e i prodotti tutti dell'industria del conduttore. E vi sottosteranno il mobilio e le merci di un magazzino. È vero: le merci mutano negli scambi quotidiani; ma si rinnovano. Il privilegio è, potenzialmente, sulle merci, in genere, del negozio, del magazzino. Ma si concreta in quelle che vi si troveranno realmente al momento in cui il privilegio dovrà esercitarsi (Legge 34, Dig. *De pign. et hyp.*). — Non sarà invece colpito il denaro ricavato dalla loro vendita, nè i crediti per le vendite a fido. Non sono mobili che forniscono lo stabile affittato. Il privilegio richiede questo legame oggettivo. E la surroga del credito all'oggetto è riconosciuta, per eccezione, nell'assicurazione (art. 1951) (4). — E non saranno colpiti dal privilegio quegli oggetti, che i clienti abbiano consegnati fiduciariamente al conduttore, in riguardo appunto al commercio che esso esercita. I bagagli che il forestiere lascia nell'albergo; gli oggetti che si consegnano ad un artefice, il quale sia commerciante, per confezionarle od accomodarle ecc., sfuggono al privilegio del locatore perchè " non si potrebbe ragionevolmente sostenere che il locatore, il quale conosce o si deve presumere conosca la professione esercitata dal conduttore, abbia potuto fare sovr'essi alcun assegnamento per vedersi pagato sul loro valore. Avuto riguardo alla destinazione del fondo, determinata dall'esercizio di quella professione, non si può affermare che quegli oggetti forniscono il fondo „ (5).

(1) Si vegga in proposito la mia Prolusione: *Per un codice unico delle obbligazioni* (Venezia, tip. Ferrari, 1889).

(2) Le varie opinioni sono largamente esposte e confutate nell'opera egregia del LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, n. 481 e seguenti. Ed è all'opinione del LUZZATI che io fo piena adesione.

(3) LUZZATI, op. cit., n. 489.

(4) Conf. LUZZATI, n. 490.

(5) LUZZATI, op. cit., n. 491.

La sospensione dell'esercizio del privilegio fu consigliata da una *ratio utilitatis*, a profitto della massa, e deve, pertanto, cedere alla *ratio juris*, quando nessun vantaggio trarrebbero i creditori dalla sospensione. Questo si verifica se il proprietario ha acquistato il diritto di riprendere il possesso dei beni locati anteriormente alla dichiarazione del fallimento. E ciò avviene quando già esiste una sentenza di sloggio per mancanze contrattuali, la più ordinaria delle quali sarà il difetto di pagamento delle pigioni; se per patto è convenuta la decadenza del contratto di pieno diritto verificandosi una di queste mancanze, e in ispecie il non pagamento; se nel contratto fu pattuito lo scioglimento in caso di dichiarazione di fallimento, ecc. Dissi già che questo patto tiene anche di fronte ai creditori, ed è senz'altro esecutivo, verificandosi l'avvenimento contemplato. In questi casi la massa non può trarre alcun vantaggio da una remora forzata nell'esercizio del privilegio del locatore, perchè egli riprende i locali, nè alcun mezzo vi ha per impedire l'esercizio di un diritto quesito anteriormente all'apertura del fallimento. Dunque la legge comune riprende il suo impero.

—

Art. 704.

Colla sentenza che dichiara il fallimento o con altra posteriore, il tribunale, d'ufficio o sull'istanza di qualunque interessato, determina provvisoriamente il giorno in cui ebbe luogo la cessazione dei pagamenti.

In mancanza di determinazione speciale, la cessazione si reputa avvenuta nel giorno della sentenza che dichiara il fallimento, ovvero nel giorno della morte del fallito o del di lui ritiro dal commercio, se il fallimento fu dichiarato dopo tali avvenimenti.

In nessun caso la cessazione dei pagamenti si può far risalire a più di tre anni dalle date suddette.

Art. 705.

Il solo rifiuto di alcuni pagamenti, per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate, non è prova della cessazione dei pagamenti; ed il fatto materiale di una continuazione di pagamenti, con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati, non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse realmente in istato di cessazione di pagamenti.

Art. 706.

Contro la sentenza che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti può farsi opposizione davanti al tribunale che l'ha pronunciata, purchè l'opposizione sia notificata entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti.

Tutte le opposizioni a questa sentenza sono discusse in contraddittorio del curatore nella udienza fissata per la discussione delle contestazioni sulla verificazione dei crediti, e decise insieme ad esse con una sola sentenza.

Trascorso il detto termine, o quando la sentenza che pronuncia sulle opposizioni non sia più soggetta ad opposizione od appello, la data della cessazione dei pagamenti rimane irrevocabilmente determinata rispetto a tutti i creditori.

Sommario.

78. *Divisione del commento di questi articoli.*
79. *Procedura e termini per fissare l'epoca della cessazione dei pagamenti — Esame delle tre ipotesi verificabili:*
1ª *La cessazione dei pagamenti è fissata ad epoca anteriore alla dichiarazione del fallimento con la stessa sentenza dichiarativa.*
80. 2ª *La cessazione ad epoca anteriore è fissata con una sentenza posteriore.*
81. 3ª *La cessazione dei pagamenti non è determinata ad epoca anteriore alla dichiarazione del fallimento — In tale ipotesi non è possibile il rimedio della opposizione.*
82. *La chiusura del verbale di verificazione dei crediti può bensì effettuarsi, secondo l'articolo* 909, *in un giorno successivo a quello stabilito nella sentenza dichiarativa del fallimento, ma il giudice delegato non può prorogare il termine.*
83. *Il curatore può far determinare la data della cessazione dei pagamenti prima della chiusura del verbale di verificazione dei crediti, ma non può fare opposizione alla sentenza che l'ha provvisoriamente retrotratta.*
84. *Ambito del giudizio di opposizione — Chi può farla — Esonero del curatore dalle spese di lite — Opposizione contumaciale contro la sentenza emessa in sede di opposizione commerciale.*
85. *Criteri intrinseci per determinare la data della cessazione dei pagamenti — Commento dell'art.* 705.
86. *Alcune massime affermate dalla giurisprudenza in argomento.*

78. Gli articoli, del cui commento ora mi occupo, riflettono la determinazione della data della cessazione dei pagamenti.

Sotto due aspetti deve studiarsi l'argomento: — sotto quello *procedurale*, riguardante i modi ed i termini per ottenere la fissazione di quella data; — sotto quello *intrinseco*, riguardante i criteri che devono guidare il magistrato per la sua definitiva determinazione.

Dell'uno e dell'altro tema mi occuperò partitamente.

79. *Procedura e termini per fissare l'epoca della cessazione dei pagamenti.*

Possono verificarsi le tre ipotesi che ora passo ad esaminare.

PRIMA IPOTESI.

Il tribunale dichiara il fallimento, e determina nella stessa sentenza il giorno, anteriore alla dichiarazione del fallimento, a cui fa risalire la cessazione dei pagamenti.

Questa determinazione è *provvisoria*. Può modificarsi nella procedura successiva del fallimento. Il tribunale, o d'ufficio, o eccitato dalla istanza di qualunque interessato, si accorge che la data, fissata provvisoriamente nella sentenza dichiarativa, è erronea. Egli la corregge con una succes-

siva sentenza emessa in Camera di consiglio dietro più precisa e completa notizia dei fatti. E se rileva che anche questa seconda determinazione è inesatta, può modificarla con posteriore sentenza, pure emessa in Camera di consiglio. E così di seguito, senza limite nel *numero* delle sentenze, come dirò in appresso.

Per eseguire questa più esatta determinazione, il tribunale ha però un limite rigoroso di *tempo*. Deve effettuarla, cioè, prima della chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, come sarà dimostrato nell'esame della seconda ipotesi. Dopo questa chiusura, ed entro gli otto giorni dalla stessa, la data della cessazione dei pagamenti, già fissata *in epoca anteriore* alla dichiarazione del fallimento, non può mutarsi se non a mezzo della opposizione. Quindi: dalla dichiarazione del fallimento alla chiusura del verbale di verifica, la sentenza, che determina la data in epoca anteriore è sempre emessa in Camera di consiglio, in sede non contenziosa, e per ciò è sempre provvisoria; — dopo la chiusura, ed entro gli otto giorni successivi alla stessa, la determinazione si fa in via di reclamo alla sentenza già emessa, e quindi in giudizio contenzioso ed in contraddittorio del curatore. Tale è la procedura regolare, quale risulta dal letterale tenore degli art. 704 e 706.

80. SECONDA IPOTESI.

La sentenza che dichiara il fallimento, non determina alcuna data anteriore alla dichiarazione a cui risalga la cessazione dei pagamenti.

Però, o d'ufficio, o dietro istanza di qualunque interessato, il tribunale completa la sentenza dichiarativa con una sentenza posteriore, emessa in Camera di consiglio. Con questa, determina provvisoriamente la data della cessazione dei pagamenti in epoca anteriore a quella in cui fu dichiarato il fallimento.

Ora io sostengo che il tribunale può effettuare questa determinazione, non una volta soltanto, ma più volte con successive sentenze, l'ultima delle quali esprime appunto la più precisa determinazione dell'epoca di cessazione dei pagamenti, che al tribunale è sembrato di fare, in via provvisoria, e, cioè, in Camera di consiglio. Un solo limite di tempo gli è imposto: l'ultima sentenza deve essere anteriore alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti.

Perchè, infatti, si vorrebbe limitare la facoltà del tribunale di modificare il suo primo, o posteriore provvedimento, con un provvedimento ulteriore?

L'art. 704 ammette che la determinazione del giorno della cessazione dei pagamenti si faccia o con la sentenza che dichiara il fallimento, *o con altra posteriore*. Dunque nessuna limitazione di numero. — Lo spirito della legge, a sua volta, contraria ogni restrizione. Al tribunale si concede di pronunciare il fallimento *d'ufficio* nella tutela del credito pubblico e della sociale economia. Così pure *d'ufficio* può completare il provvedimento iniziale, con la determinazione della data a cui risale il fatto che lo provoca: la cessazione dei pagamenti. Nessun interesse particolare si deve collegare alla sincerità di quella determinazione. È l'interesse generale dei creditori che la esige. E il tribunale la constata, perchè è la espressione della verità, quale a lui apparisce e risulta, non quale può essere richiesta dal profitto di qualche interessato. Vi ha poi tale un conflitto di diritti in quella determinazione, che è bene lasciare ampio e spregiudicato l'esame del magistrato. — Fu affrettato il giudizio nella sentenza dichiarativa di fallimento? Qualche interessato lo rileva, e giustifica il rilievo. Ebbene, il tribunale deve poter modificare la data non una, nè due, ma più volte; e anche senza esservi indotto da richiesta di interessati. Nè il numero dei successivi provvedimenti varrà ad infirmarne la serietà. Prima di tutto, perchè la deliberazione è sempre provvisoria. Poi, perchè è il legislatore che dà adito a questi inconvenienti, costringendo

il tribunale ad emettere la sentenza, che determina l'epoca della cessazione dei pagamenti, *prima* che si chiuda il verbale di verifica dei crediti. È naturale quindi che dalle insinuazioni dei crediti, dall'esame delle carte del fallito, dalle ricerche minuziose del curatore, da improvvise rivelazioni, da domande di interessati, prima silenti, possa modificarsi il parere sull'epoca da cui la rovina economica ebbe principio manifesto con la cessazione dei pagamenti.

Nè basta: lo stesso precetto legislativo che permette di far risalire il fallimento, — dichiarato in seguito alla effettiva cessazione dei pagamenti, all'epoca in cui con mezzi rovinosi e fraudolenti si fece fronte ai pagamenti — pur non essendo tuttavia in istato di reale cessazione (art. 705), lascia così largo campo alle indagini, e affida così arduo còmpito al tribunale, da spiegare e giustificare la possibile mutabilità del suo giudizio.

D'altra parte, quale danno risentono i creditori da queste successive determinazioni? Nessuno. Purchè vi sia un momento in cui l'ultima pronuncia rimanga inalterata — e vi è — ogni privato interesse è salvaguardato. Quanto preme è che la investigazione del tribunale sia oculata, prudente e sincera. La lesione dei diritti privati, quale ostacolo a simili ricerche, è troppo spesso una lustra per coprire la mira tortuosa di voler sanati, col decorso di un termine, il peccato d'origine di un qualche atto (1).

Sicchè: il tribunale può stabilire l'epoca della cessazione dei pagamenti ad una data anteriore a quella della dichiarazione del fallimento — vuoi d'ufficio, vuoi sul ricorso di qualunque interessato — o con la stessa sentenza dichiarativa, o con altra posteriore, senza limitazione di numero, purchè, come dissi, questa successiva sentenza sia emessa *prima* della chiusura del verbale di verificazione dei crediti.

La necessità che sia emessa *prima* di questa chiusura si desume dal tenore dell'art. 706.

(1) In Francia la questione è disputata. Secondo alcuni scrittori la facoltà del tribunale, di determinare la cessazione dei pagamenti d'ufficio, si esaurisce con una sola sentenza; secondo altri, con più. Gli autori sono citati dal CUZZERI (op. cit., n. 180), il quale aderisce alla prima opinione. Confesso però che, dato il sistema del Codice patrio, così diverso dal francese, mi sembra inopportuno trarre ammaestramenti dalla dottrina e dalla giurisprudenza di quel paese.

In Italia conosco una sola sentenza che ha esplicitamente ammessa la teorica da me sviluppata: quella dell'8 novembre 1884, Fallita Francudi, del Tribunale di commercio di Venezia (*Annuario critico di giur. comm.*, 1884, n. 105).

Vi si è, invece, dichiarata contraria la Corte di appello di Roma, con la sentenza 24 giugno 1884, Verrone c. Ditta Modigliani (*Monitore dei tribunali*, 1884, p. 1065). La Corte desume che il codice non contempli ed ammetta che una sola provvisoria retrotrazione, dai seguenti motivi, che, accennando, confuterò: — *a*) Dalla locuzione disgiuntiva usata nell'art. 704 (" colla sentenza che dichiara il fallimento o con altra posteriore „); — ma l'argomento, per riescire attendibile, dovea previamente occuparsi di dimostrare che al tribunale è vietato di modificare la retrodatazione contenuta nella sentenza dichiarativa con una sentenza posteriore; questo non prova, e difficilmente sarebbe riuscito a provare. — *b*) Dal vedere che all'art. 706 si parla sempre di una sentenza di retrotrazione e non di più; — il rilievo è modesto, perchè l'opposizione non si spiega *necessariamente* che contro l'ultima sentenza; la efficacia delle precedenti è distrutta da questa. — *c*) Dal rimedio dell'opposizione concesso, che esclude ogni altro modo di procedere; — ma l'opposizione, come dirò nel testo, al n. 83, è rimedio pegli interessati, non pel curatore e pel tribunale, i quali, nell'interesse generale della massa, e in quello sociale del credito, s'industriano a determinare con la maggior precisione quella data provvisoria, che è poi oggetto della opposizione da parte di coloro che hanno un loro individuale interesse in conflitto con quella determinazione. — Si noti, infine, che nella specie esaminata dall'Appello di Roma era il curatore che, in Camera di consiglio, avea chiesta la più precisa fissazione della data della cessazione dei pagamenti. Era questo il solo modo che avea per ottenerla. — Invece è perentorio il secondo argomento addotto dalla Corte per infirmare la istanza del curatore, la quale era stata proposta dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. Bastava questo motivo per giustificare la pronuncia.

Infatti, esige questo articolo che l'opposizione alla sentenza, che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti, *sia notificata entro otto giorni dalla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti.*

Quindi, se vi è il termine perentorio di otto giorni dalla chiusura di questo verbale per fare opposizione, bisogna bene che la sentenza sia emanata prima di quella chiusura. Se lo fosse dopo, e sia pure negli otto giorni, sarebbero sempre altrettanti giorni sottratti al termine per l'opposizione, e quindi una diminuzione di garanzie pegli opponenti. — A sua volta, l'art. 763 prescrive che il giudice delegato rimetta le parti dinanzi al tribunale ad una udienza stabilita entro quindici giorni dalla chiusura del processo verbale. È vero che l'udienza potrà prorogarsi. Ma è anche vero, che, nella applicazione letterale della legge, ogni restrizione dei termini a comparire in giudizio rappresenta una diminuzione di garanzie.

81. TERZA IPOTESI.

La sentenza dichiarativa del fallimento, o ammette che la cessazione dei pagamenti coincide con la dichiarazione del fallimento (ciò che si verificherà di raro, e forse allora soltanto che il debitore, appena cessante, chieda la dichiarazione del proprio fallimento); o non contiene in proposito alcuna dichiarazione. Il silenzio è interpretato dalla legge quale una presunzione che la cessazione sia avvenuta nel giorno in cui fu dichiarato il fallimento, ovvero nel giorno della morte del fallito, o del ritiro di lui dal commercio, se il fallimento fu dichiarato dopo tali avvenimenti (art. 704).

Nessuna sentenza successiva è emanata in Camera di consiglio per retrotrarre l'epoca della cessazione dei pagamenti, anche se la sentenza dichiarativa del fallimento contenga in proposito una formale riserva. La riserva di compire un atto, in realtà poi non effettuato, lascia inalterata la situazione giuridica creata dalla inazione: *reservatio non fit jus.*

In questo caso, chiuso il verbale di verifica, la data della cessazione dei pagamenti, che coincide col giorno della dichiarazione del fallimento, è irretrattabile. Non vi può essere opposizione, la quale suppone una sentenza che retrotragga la cessazione dei pagamenti, e contro la quale deve spiegarsi. Quindi nessun rimedio può esperirsi negli otto giorni successivi a quella chiusura, perchè la sentenza di fallimento è divenuta irrevocabile anche nella parte che riflette la determinazione della cessazione dei pagamenti, dacchè la fa coincidere — o con esplicita dichiarazione, o col silenzio — con la data della sentenza dichiarativa del fallimento.

La logica giuridica, lo ammetto, esigerebbe che così non fosse; ma la lettera della legge è assoluta. Peggio pel legislatore che a quella logica venne meno!

Infatti, l'art. 706, letteralmente, presuppone che la opposizione rifletta una sentenza, la quale " determini provvisoriamente la data della cessazione dei pagamenti AD UN TEMPO ANTERIORE alla sentenza dichiarativa del fallimento ". Ora, se la sentenza dichiarativa tace, o riconosce che il giorno della cessazione coincide con quello della dichiarazione, non vi ha la sentenza contemplata dall'art. 706, che deve avere quale elemento essenziale la retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti. Quindi l'opposizione è irricevibile.

Ripeto: non è razionale; ma, *de lege lata*, è così. E non è razionale, perchè se non fu fissata la data della cessazione, probabilmente dipese dal fatto che al tribunale mancavano gli elementi, e si riservò di determinarla in seguito. Attese l'esame dei libri e della corrispondenza del fallito; la verifica della sua gestione economica; e di conoscere con esattezza l'entità dei crediti insinuati di fronte a quelli risultanti dal bilancio, nonchè l'indole e il numero dei crediti con titolo di prelazione. E solo,

dopo questo diligente esame, e tribunale e interessati riservavano la determinazione dell'epoca della cessazione dei pagamenti.

Ebbene, la legge non consente questa indagine coscienziosa. O, almeno, richiede che, prima della chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, si emetta una sentenza, la quale fissi *provvisoriamente*, e sia pure inesattamente, la data della cessazione dei pagamenti: per concedere poi la facoltà, negli otto giorni successivi a quella chiusura, di far l'opposizione diretta ad ottenere una determinazione più giusta di quella che provvisoriamente era stata stabilita. È inutile ribellarsi a queste conseguenze; se al legislatore piacque di sancirle, all'interprete non è concesso che di constatarle e deplorarle.

Ne deriva: che la sentenza, la quale dichiara il fallimento passa in giudicato, nella parte che riflette la dichiarazione del fallimento, scorsi i termini fissati dall'art. 693; e nella parte che riflette la determinazione della data della cessazione dei pagamenti, nel giorno in cui si chiude il verbale di verifica dei crediti, ove non fissi un'epoca anteriore per la cessazione dei pagamenti (1). Dopo questo giorno, la presunzione *juris tantum*, che la data della cessazione coincida con la data della dichiarazione del fallimento, diventa *juris et de jure*, in base alla cosa giudicata.

Fu obiettato: che se pur non potevasi far opposizione negli otto giorni dalla chiusura del verbale di verifica, mancando l'oggetto della opposizione, e cioè la sentenza di retrotrazione della cessazione dei pagamenti; la legge però non vietava agli interessati di spiegare, nell'accennato periodo, un'azione formale diretta a far stabilire definitivamente la data della cessazione dei pagamenti (2).

Non è accoglibile questa opinione, razionale, ma non legale.

Se l'art. 706 concede l'opposizione, lo fa NELLA SOLA IPOTESI che esista una sentenza la quale determina provvisoriamente *ad un tempo anteriore* la data della cessazione dei pagamenti.

Dunque, è creare una ipotesi affatto diversa, e non applicare per analogia una disposizione affine, quando si consente una azione *ex capite* per far determinare, per la prima volta, ad epoca anteriore, quella cessazione. L'opposizione è un rimedio che si intende, quando fu determinata una data anteriore alla dichiarazione del fallimento, desunta affrettatamente da elementi incompleti, quali possono aversi all'inizio della procedura (3). Non si comprende, invece,

(1) Non mancò chi sostenne che: avendo il legislatore fissato nell'art. 693 un termine per la opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento, senza distinguere a quale motivo l'opposizione si appoggi, si debba applicare il medesimo termine anche quando si impugni quella sentenza nella parte che retrotrae la data della cessazione dei pagamenti. Ma a questa confusione di concetti e di termini, rispondeva il tribunale di Novara che per essa si dimentica il noto aforisma: *tot capita tot sententiae*. " Non è nuovo che contro le diverse disposizioni di un unico giudizio, abbiano luogo rimedii diversi, appunto perchè ogni disposizione è considerata come una sentenza distinta. E se si tiene presente questo, è facile persuadersi che l'art. 693, che parla di opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento, è applicabile a quella parte di detta sentenza che contiene tale dichiarazione, e che l'art. 706, il quale parla di opposizione alla data della cessazione dei pagamenti, è applicabile all'altra parte della sentenza che contiene tale fissazione, e che per mera accidentalità forma un capo della sentenza di dichiarazione del fallimento (sentenza 17 dicembre 1886, Fallita Conelli c. Maspero Maggioni, *Monitore dei trib.*, 1887, p. 188) ". Devo notare che questa identica opinione era stata da me già sostenuta in uno studio pubblicato nella *Temi Veneta* del 1884, n. 61 e nella *Raccolta della giur. it.*, 1884, 679.

Di conformità si è più recentemente pronunciata la Corte di cassazione di Torino con la magistrale decisione 24 agosto 1887, Chionetti c. Donadei (*La Giurisprudenza*, 1887, p. 629).

(2) CALAMANDREI, *Del fallimento*, I, p. 145, n. 175; PITTALUGA, in una nota pubblicata nella *Raccolta della giur. it.*, 1884, 2, 394.

(3) *Verbali della Commissione compilatrice*, n. 776.

un'azione speciale, dopo la chiusura del verbale di verificazione, per retrotrarre la data della cessazione dei pagamenti, se ormai la coincidenza delle due epoche — di dichiarazione di fallimento e di cessazione dei pagamenti — ha prodotta una stabilità nelle pretese dei vari creditori, e la nuova azione potrebbe modificare radicalmente quella situazione.

Un ultimo rilievo. — La opposizione dell'articolo 706 suppone per contraddittore il curatore; quindi è propria dei creditori. Invece l'istanza, di cui parla l'art. 704, è concessa a *qualunque interessato*, e quindi anche al curatore, il quale, nel periodo dalla dichiarazione del fallimento alla chiusura del verbale di verifica, può eccitare, anche più volte, il tribunale a determinare nuovamente, e secondo le più recenti risultanze delle sue indagini, la data della cessazione dei pagamenti. Orbene, l'azione *ex capite* che si vorrebbe concedere negli otto giorni per la retrotrazione del fallimento, sovvertirebbe l'intera procedura. Prima, perchè questa azione, per eguaglianza di trattamento, dovrebbe concedersi anche al curatore. Se i creditori hanno diritto nel loro particolare interesse di far retrotrarre la data anche dopo la chiusura del verbale di verifica, perchè non avrà questo diritto il curatore, nella tutela di quello più generale della massa? E allora, contro chi si proporrebbe l'azione? Contro tutti i creditori? Assurdo anche solo pensarlo! Contro il fallito? Ma se egli può essere consenziente alla domanda del curatore, e, ad ogni modo, non aver alcun interesse *personale* da far valere in argomento! (1). — In secondo luogo, l'*istanza* dell'art. 706 è rivolta alla Camera di consiglio (2). E si capisce che debba passare per questo tramite. La sentenza fissa una data di cessazione dei pagamenti *provvisoria*. Per ciò è concesso poi il contraddittorio, e nel doppio grado di giurisdizione (n. 30), per reclamarla. Ma se questa sentenza non esiste, l'opposizione contro l'inesistente è inconcepibile. L'azione *ex capite* di retrotrazione metterebbe innanzi una questione nuova, con un procedimento non riconosciuto dal codice; il quale, ripetesi, non concede che la sola opposizione ad una sentenza precedente della Camera di consiglio. Quell'azione potrebbe avere un contraccolpo sopra altre contestazioni sorte nella verificazione dei crediti; mentre la chiusura del verbale di verifica ha creato, per questo riguardo, una situazione giuridica speciale, che, con pretese applicazioni analogiche, non può distruggersi. " Le esigenze del commercio, le quali reclamano in materia di fallimento la pronta cessazione di ogni incertezza intorno ai crediti concorrenti, e per soddisfare le quali il legislatore consacrò tante cure, e fu largo di tanti provvedimenti, stanno al disopra di ogni altra considerazione, come la utilità generale del commercio, venuta in conflitto coll'interesse particolare di alcuno dei creditori, deve a questo prevalere „ (3).

Rettamente, pertanto, sentenziava la Corte di cassazione di Torino (4), rilevando che — " se la chiusura del processo verbale di verificazione ha efficacia di costituire gli interessati in mora a proporre le loro opposizioni contro la sentenza che avesse retrotratto la cessazione dei pagamenti, così che

(1) Al capitolo 83 (pag. 165) svolgo più ampiamente i motivi di questa mia opinione.

(2) " Nello speciale argomento di cui si occupa l'art. 704, dovendo il tribunale provvedere dietro *istanza* di qualunque interessato, od anche *d'ufficio*, senza l'intervento di alcuna parte, nè alcuna formalità di giudizio, è impossibile sostenere che non si tratti di materia da trattarsi in Camera di consiglio „. Appello di Torino, 19 giugno 1886, Mella c. Fallita Mazzarella (*Giurisp. italiana*, 1886, 2, 552).

(3) Appello di Venezia, 1 luglio 1886, Carraro c. Fallimento De Martini (*Temi Veneta*, 1886, pagina 364).

(4) Decisione 7 luglio 1884, Banca Generale c. Fallimento Premi (*Monitore dei trib.*, 1884, p. 742).

Conf. la stessa Corte Suprema con la sentenza 23 luglio 1885, Cassa di Risparmio di Nizza c. Drione (*La Giurisprudenza*, 1885, p. 598).

la decorrenza del termine di otto giorni a partire dalla chiusura, trae inesorabilmente alla consegnenza che la data della cessazione dei pagamenti rimane definitivamente determinata rispetto a tutti gli interessati; — se questo stesso termine, appunto perchè fatale e di così breve durata, deve rimanere salvo agli interessati in tutta la sua estensione, nè sotto alcun pretesto può venir raccorciato: — è forza riconoscere che la disposizione in esame presuppone un antecedente logico necessario: che a quel giorno esista la sentenza da impugnarsi con l'accennato mezzo, e che, dopo quel giorno, essa non possa prendere legale esistenza „ (1).

82. Si sostiene che: il termine fissato preventivamente, con la sentenza dichiarativa di fallimento, per la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti (art. 691, n. 6) non può essere prorogato se non limitatamente ai creditori esteri (articolo 759); e che, ad ogni modo, prorogato o no quel termine, l'opposizione contro la sentenza che ha retrodatata la cessazione dei pagamenti deve spiegarsi entro otto giorni da quello in cui, per la sentenza dichiarativa del fallimento, quel processo verbale doveva essere chiuso, e non in quello in cui effettivamente, anche se non abusivamente, lo sia.

Si argomenta così: la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti è, nel nuovo organismo procedurale della legislazione patria, un avvenimento importante perchè segna la decorrenza di termini perentori; la stabilità di certi fatti; una fase, insomma, spiccata della procedura concorsuale. Di qui l'obbligo che sia determinato il giorno di quella chiusura fin dalla sentenza dichiarativa del fallimento (art. 691, n. 6); che sia reso notorio con la pubblicità che è data a questa pronuncia (art. 912); dopo tali pratiche, quel giorno è, e deve rimanere, intangibile. La protrazione della chiusura del verbale di verificazione dei crediti rende contingibili diritti, i quali, con la decorrenza di un termine perentorio, devono ritenersi acquisiti; mentre, con la proroga, potendosi a mezzo di ricorsi, prima, della opposizione, poi, alterare l'epoca già fissata della cessazione dei pagamenti, si modificano ed anche annientano diritti, non di creditori soltanto, ma di quanti ebbero rapporti giuridici col fallito nell'epoca critica del fallimento. La notorietà dell'epoca, preventivamente stabilita per la chiusura, assicura che, dopo essa, e, in certi casi, dopo il termine per l'opposizione (sempre però decorrente dalla chiusura), nessuna modificazione potrà farsi allo stato giuridico precedente. Nè la vigilanza che si richiede per la tutela dei propri diritti va intesa così, da costringere l'interessato a continue peregrinazioni alle cancellerie giudiziarie per rilevare se il termine sia stato o no protratto. Infine: l'*ubi voluit* apparisce qui argomento perentorio. Volle il legislatore concedere la possibilità della proroga pei creditori esteri, e con limitati effetti per essi soltanto; dunque non concedette la proroga pei creditori nazionali, e con effetti che si allargherebbero così da avere una influenza decisiva sull'intero ordinamento della procedura e su tutti gli interessati nel fallimento (2).

La opinione che io professo, e che procurerò di giustificare, è: che ove le operazioni

(1) Decisero di conformità: Corte d'appello di Roma, 24 giugno 1884, Verrone c. Modigliani (*Monitore dei trib.*, 1884, p. 1035); di Casale, 20 giugno 1884 (*Raccolta delle giur. it.*, 1884, 2, 394); di Catania, 8 aprile 1885, Nicoletti c. Banca deposito e sconti (*Monitore dei trib.*, 1885, p. 1007); di Venezia, 1 luglio 1886, Carraro c. Fallita De Martino (*Temi Veneta*, 1886, p. 364); di Brescia, 21 marzo 1888, Ruggeri c. Fallita Ruggeri (*Monitore dei trib.*, 1888, pag. 636).

(2) Addussi, non gli argomenti soltanto che furono fin qui posti innanzi dai sostenitori dell'accennata opinione, ma sì ancora quelli che a me parevano idonei a sostenerla, per poterli vagliare in seguito, e accettarli o respingerli secondo il loro valore. — La opinione più rigorosa fu pro-

della verifica dei crediti non possano ultimarsi nel giorno fissato con la sentenza dichiarativa del fallimento, si possono proseguire anche nei giorni successivi, però senza interruzione, ottemperando al disposto dell'art. 909. La decorrenza del termine per l'opposizione non potrà quindi cominciare che dalla effettiva chiusura del verbale.

E giustifico il mio avviso con le ragioni che ora espongo.

L'art. 691, n. 6, richiede che la sentenza dichiarativa del fallimento contenga, fra altro, la determinazione del giorno e dell'ora in cui sarà proceduto alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. Non vi ha, però, una disposizione la quale dichiari che se in quel giorno e in quell'ora non potrà effettuarsi la chiusura del verbale, la chiusura fatta in un giorno successivo, e ottemperando a specifiche statuizioni di legge, sia inefficace. Dunque la intangibilità del giorno fissato nella sentenza di fallimento, non risultando da espressa statuizione. non può indursi.

Invece, vi hanno argomenti, e di diritto positivo e d'ordine razionale, che dimostrano che la preventiva fissazione del giorno non è perentoria.

L'art. 909 sancisce che ove nel giorno o nell'udienza prefissa non possa compiersi tutto ciò che è preveduto nell'atto di convocazione, s'intende rimessa la continuazione al prossimo giorno non festivo od all'udienza seguente, senza uopo di alcun avviso speciale ai comparsi od agli assenti, e così di seguito, fino al termine delle operazioni assegnate. È questa una disposizione generica, che vale per tutta la procedura di fallimento. Dunque, anche pel caso in esame.

La ragione della legge, a sua volta, persuade che così deve essere. " Se il codice volle che la data della cessazione dei pagamenti rimanesse irrevocabilmente fissa una volta chiusa la verifica dei crediti, fu però ben lungi dall'intendere che la relativa pronuncia si dovesse emettere prima che l'istruttoria del fallimento potesse apprestare gli elementi all'uopo indispensabili „ (1). La legge ha supposto che il termine, fra la data della sentenza dichiarativa e quello dalla medesima fissato per la chiusura del verbale di verifica, potesse essere sufficiente per tutte le operazioni che precedono quella chiusura. Ma se vi sono numerose contestazioni di crediti; o se il giudice delegato non reputa parecchi crediti pienamente giustificati, e per obbligo fattogli dalla legge (art. 762), riserva ogni decisione all'adunanza dei creditori fissata per la chiusura del verbale di verifica; se in quella adunanza, non solo si esaminano e vagliano i crediti contestati, ma, nel contradittorio delle parti, altri se ne contestano (art. 763); se si trova necessario di sentire il fallito, non presente, od opportuno l'esame di libri e carte di qualche creditore, o l'ispezione di cambiali tuttavia in circolazione, ecc., — si pretenderà, malgrado queste esigenze, d'imporre egualmente la chiusura del verbale in quel determinato giorno, quando a questa chiusura si oppone la materiale e morale possibilità di compiere la verifica dei crediti, con la serietà doverosa delle operazioni che devono accompagnarla?... " Se il legislatore poneva ogni pensiero ad evitare gli indugi nel corso della procedura di fallimento, non intendeva al certo che si sacrificassero alla speditezza i diritti della giustizia, e che si procedesse senza maturità e perfetta cognizione nella verificazione dei crediti „ (2). Per conseguenza, se è vero che nel giorno fis-

pugnata dall'AMAR in un articolo pubblicato nella *Temi Veneta* (x, p. 81) e accolta dalla Corte d'appello di Roma, nella sentenza 24 giugno 1884, Verrone c. Ditta Modigliani (*Monitore dei tribunali*, 1884, p. 1035).

(1) Corte d'appello di Torino, 27 marzo 1886, Amprimo e Viglietti c. Banca di Susa e Fallita Vola (*La Giurisprudenza*, 1886, p. 411).

(2) Corte d'appello di Torino, 23 novembre 1885,

sato dalla sentenza dichiarativa del fallimento per la chiusura del verbale di verifica dei crediti si devono iniziare le operazioni all'uopo necessarie, non è altrettanto vero che nel giorno medesimo debbano anche compiersi " ad onta che non riesca menomamente possibile espletare tutte le operazioni a ciò necessarie. Questo non disse nè pensò il legislatore, nè è lecito attribuirgli ciò che sarebbe contrario alla ineluttabile necessità e realtà delle cose „ (1).

Pur riconoscendo che non è necessario chiudere il verbale nel giorno e nell'ora fissati dalla sentenza dichiarativa del fallimento, dissento però da quelli che, nella più larga interpretazione della legge, ritengono che l'adunanza dei creditori per la chiusura effettiva del verbale possa protrarsi, con ordinanza del giudice delegato, ad altro giorno, stabilito ad arbitrio di questi, e ciò per analogia di quanto è disposto dall'articolo 759 a favore dei creditori esteri. No, non credo sostenibile di fronte alla legge positiva, questa opinione. Qui regge appunto l'argomento principale messo innanzi da coloro che professano la dottrina più rigida della mia. Se pei creditori esteri fu consentita la facoltà al giudice delegato di protrarre il termine della verifica e della chiusura del relativo verbale; se fu cauta la legge nel designare questa verifica per *suppletoria* (art. 769) — appendice, cioè, e aggiunta della verificazione principale — e nel dichiarare che ha effetto *rispetto ad essi* (creditori esteri) soltanto (art. 759), così che l'udienza per discutere e sulla opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento e sui crediti contestati deve tenersi nel quindicendio dalla chiusura del verbale, *ancora che non sieno scaduti i termini, prorogati* unicamente per quei creditori (art. 763, ultimo al.) — è per me evidente che non poteva essere nella intenzione del legislatore di concedere l'identica facoltà al giudice delegato riguardo ai creditori nazionali, se, dall'esercizio affatto arbitrario di quella facoltà, deriverebbe la gravissima conseguenza dell'incertezza dell'epoca in cui rimarrà *irrevocabilmente determinata rispetto a tutti i creditori* la data della cessazione dei pagamenti (art. 706, ult. al.).

Dunque? Dunque, allorchè per circostanze speciali non si possono compiere le operazioni della verificazione dei crediti nel giorno designato, non si protrae il termine, ma si applica puramente e semplicemente l'art. 909. La continuazione delle operazioni è rimessa al prossimo giorno non festivo, senza uopo di alcun avviso ai creditori, comparsi od assenti; e si procede di seguito nei giorni successivi, fino al termine delle operazioni. Così agendo, non vi è, nel senso rigoroso della espressione, *proroga* del termine, ma continuazione o prosecuzione di atti, la quale si concilia razionalmente con la possibilità di compierli, con la serietà con cui devono compiersi, e con la garanzia più sicura degli interessati, avvertiti, per la continuità loro, del momento in cui saranno ultimati e sarà chiuso il verbale di verifica, senza che sia turbata la condizione preventivamente creata dalla sentenza dichiarativa del fallimento.

E se il giudice delegato ha prorogato il

Levi c. Strua (*La Giurisprudenza*, 1886, pag. 74). Confr. Appello di Casale, 18 settembre 1885, Banca di Savigliano c. Berrier Delaleu (*La Giurisprudenza casalese*, 1886, p. 83); Appello di Torino (sempre fermo, del resto, in questa sua opinione), 7 luglio 1886, Vietti c. Deabate (*Raccolta della giurispr. it.*, 1886, 2, 514).

(1) Così la Corte di cassaz. di Torino, 24 agosto 1887, Chiaretti c. Donadei, est. *Pomodoro* (*La Giurisprudenza*, 1887 p. 648).

Questa egregia sentenza — di cui riferirò più innanzi la parte riguardante il secondo punto della questione — sarebbe perfetta per la precisione e chiarezza della dottrina, se non le nuocessero la prolissità e la forma poco felice della redazione. — Essa osserva altresì che le parole dell'art. 706 " *sarà proceduto alla chiusura* „ valgono a dinotare la progressione e svolgimento di operazioni da farsi nel tempo necessario a compierle: altrimenti la legge avrebbe detto *si farà la chiusura.*

termine, rimettendo la chiusura del verbale di verifica ad un giorno fissato a suo arbitrio, quale sarà la conseguenza?

Propendo per la soluzione più rigorosa, pur riconoscendone la gravità.

Ed infatti: negata al giudice delegato la facoltà di prorogare il termine già fissato nella sentenza dichiarativa del fallimento; ammessa soltanto la possibilità che l'adunanza dei creditori prosegua, *ope legis*, nei giorni successivi a quello fissato; è, per ciò stesso, riconosciuta la illegalità di qualunque provvedimento del giudice per la proroga del termine. Nè i creditori e gli altri interessati devono ritenersi legalmente notiziati di quella proroga; perchè, per l'art. 909, l'avviso ai creditori non è necessario, *unicamente* se la continuazione degli atti è rimessa al giorno successivo; dunque è necessario nel caso di rinvio a giorno più lontano. Per conseguenza, se il giorno della chiusura del verbale di verifica è stato protratto illegalmente, la protrazione deve ritenersi come non avvenuta nei riguardi della opposizione alla sentenza determinativa della data della cessazione dei pagamenti. E quindi: o questa data, nel giorno in cui si doveva chiudere il verbale di verifica, coincideva (o per espressa pronuncia o per presunzione di legge) con quella della dichiarazione del fallimento; e da quel giorno non può più modificarsi. Oppure esisteva la retrodatazione della cessazione dei pagamenti nella sentenza dichiarativa o in una sentenza posteriore, ed in tal caso negli otto giorni da quello in cui doveva chiudersi il verbale di verificazione dei crediti deve essere spiegata l'opposizione. Se è spiegata dopo, è irricevibile; e la sentenza, che fosse tuttavia emanata con violazione della legge, sarebbe nulla.

Passiamo al secondo punto della questione.

Si pretende sostenere che, pur autorizzata dalla legge la proroga o la continuazione, il termine degli otto giorni, per spiegare l'opposizione contemplata all'articolo 706, decorra dal giorno fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento per la chiusura del verbale di verifica, e non da quello in cui *effettivamente* si chiude.

La ragione che si adduce è questa: il termine contemplato all'art. 706 non può essere che quello accennato all'art. 691, n. 6, perchè previamente fatto conoscere, e da tutti presunto conosciuto, attesa la pubblicità della sentenza dichiarativa del fallimento. Il giorno da cui decorre un termine fatale non può essere variabile, aleatorio; ma deve essere fisso e invariabile. Si proroghi pure la verificazione dei crediti, ma la decorrenza del termine per l'opposizione della sentenza di retrodatazione rimanga intangibile.

Rispose egregiamente all'obbiezione la Corte di cassazione di Torino (1). Sebbene lunga, tuttavia, per la sua efficacia ed autorità, riproduco quella parte della motivazione che vi si riferisce. Più esaurientemente non si potrebbe rispondere, anche se, forse, lo si potesse più brevemente.

" L'art. 691 prescrive doversi, nella cennata sentenza, determinare il giorno, e anche l'ora, in cui sarà proceduto a quella chiusura, senza per nulla riferirsi all'opposizione di che trattasi, e meno al termine nel quale farla. Si è l'art. 706 che specialmente a ciò provvede, statuendo che sia detta " opposizione notificata entro otto giorni *dalla chiusura* del processo verbale di verificazione dei crediti „. Sicchè qui non è detto che il termine decorre dal giorno stabilito per procedersi a codesta chiusura, invece è dettato in modo assoluto ed illimitato — *dalla chiusura* — in qualunque giorno venga definitivamente ad effettuarsi. Imperciocchè, se la chiusura non è fermata nel prestabilito giorno, e tuttavia continua, e, a così dire, è per anco aperta per le ulteriori necessarie operazioni, si ha inizio e prose-

(1) Decisione citata nella nota precedente.

cuzione di chiusura di questo verbale, e non ancora chiusura effettiva, intiera e perfetta. Ora il dettato dell'art. 706 è tale da non consentire di potersi di altra intendere, che di questa ultima.

" E in ciò concorre quel principio generale di diritto, per il quale i termini a sperimentare qualsiasi gravame non decorrono se non da che l'atto è compiuto e perfetto. Se il momento giuridico, in cui l'atto è tutt'ora in formazione, non è finito, non può cominciare l'altro, come termine utile a dispiegare i debiti rimedi, sia contro l'atto stesso, sia contro altro precedente, a questo subordinato, come interviene nella specie. E tanto più quando si avvisa codesto verbale nella sua *entità giuridica*, chè allora apparirà come esso, ancorchè protratto per più giorni per le necessarie verificazioni dei crediti contestati, pure serba sempre la sua organica e giuridica *unità;* in guisa che ivi chiusura, come principio del termine utile a notificare l'opposizione, non può essere, se non quel momento nel quale codesta *unità* sia intera e perfetta, il che non avviene se non a chiusura completa.

" E se poi si guarda al fine propostosi dal legislatore, si rileverà tuttavia come il termine non può nè deve partire se non dall'effettiva chiusura. E, in vero, si è a chiusura intera e perfetta che è possibile conoscere con pienezza di cognizione a quale data precisa rimontano i primi crediti non soddisfatti, e così quale sia la vera data della cessazione dei pagamenti; la qual data conosciuta, si è soltanto allora possibile, mercè la opposizione, richiedere che quella, stata provvisoriamente fissata con sentenza, sia portata a tempo anteriore o posteriore, a seconda i vari interessi delle parti. Questo fine non si conseguirebbe punto, se quella non si intendesse per l'ultimo giorno in cui si pone termine a detta chiusura, altrimenti tanto valeva far decorrere gli otto giorni dalla chiusura del precedente verbale fatto in conformità dell'articolo 761.

" Inoltre, mentre l'art. 706 detta che tale opposizione va notificata entro otto giorni dalla chiusura del verbale di verificazione dei crediti, vi aggiunge poi che tutte siffatte opposizioni " sono discusse in contraddittorio del curatore nell'udienza fissata per la discussione delle contestazioni sulla verificazione dei crediti, e decise insieme ad esse con una sola sentenza „. E l'art. 763 prescrive che per la definizione delle preaccennate contestazioni, " l'udienza dev'essere stabilita entro 15 giorni dalla *chiusura* del processo verbale, ancorchè non fossero scaduti i termini prorogati secondo le disposizioni dell'art. 759 „.

" Ora è incontestabile avere il legislatore in quest'ultimo alinea dell'art. 763, inteso *chiusura* per quella definitiva e perfetta, se tutte codeste contestazioni intorno ai crediti debbono essere decise con una sola sentenza; e però„ come in questo alinea, così nell'art. 706 non può quella altrimenti intendersi. E sì perchè vi si adopera la stessa frase, e sì perchè questi due ordini di azioni si mutuano i mezzi di difesa, di prove e di influenze, e quindi necessità giuridica che i termini pei relativi rimedi partissero egualmente dal medesimo punto della effettiva e completa chiusura di che trattasi „.

33. Da quanto si è esposto risulta:

a) che la sentenza dichiarativa del fallimento, contenga o no la retrodatazione della cessazione dei pagamenti, può sempre completarsi con altra sentenza posteriore che fissi quell'epoca *provvisoriamente;*

b) che questa sentenza, fino alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti, è emessa in Camera di consiglio;

c) che l'epoca provvisoriamente fissata: o coincide, per espressa pronuncia o per presunzione di legge, con quella della dichiarazione del fallimento, e, in tal caso, con la effettiva chiusura del verbale di verificazione dei crediti diventa irrevocabile; — oppure l'epoca della cessazione dei pagamenti,

provvisoriamente determinata, è anteriore alla data della sentenza dichiarativa del fallimento, ed in tal caso vi sono otto giorni dalla chiusura del verbale di verificazione dei crediti per impugnarla col mezzo della opposizione.

Dopo queste premesse, m'interessa dimostrare: che il curatore del fallimento ha diritto di far stabilire la data della cessazione dei pagamenti, nel modo che a lui sembra più corrispondente alla realtà, fino a che non sia chiuso il verbale di verificazione dei crediti. Ma chiuso il verbale, egli non ha più questo diritto, e, per conseguenza, non può far opposizione alla sentenza di retrodatazione emessa in via provvisoria anteriormente alla chiusura. — La tesi non fu sviluppata tuttavia nella dottrina; nè, per quanto mi consta, fu tema di pronuncie giudiziali. Non per questo l'assunto parmi meno corretto, perchè risponde al tenore della legge e allo spirito che la informa.

Il curatore salvaguarda gli interessi generali della comunione che rappresenta. Questo criterio deve indirizzarlo in tutti i suoi atti. Non il desiderio di far prevalere questo o quello scopo, questo o quell'interesse deve guidarlo; ma la tutela della massa, intesa nel senso che la tutela collettiva è la risultante necessaria degli interessi singoli, protetti dalla legge. In ogni fallimento vi ha collisione di diritti, perchè la misura di eguaglianza che vi presiede cozza contro titoli di poziorità che taluni vantano ed energicamente fanno valere. Se questi titoli sono basati alla legge, il criterio giuridico deve avere il sopravvento sulla pretesa, nè giusta, nè equanime, che l'individuo debba sacrificarsi all'utile della collettività. Il curatore deve collocarsi così alto da non subire la influenza perniciosa di simili pretese, per le quali la sua missione di tutore della massa e del fallito si convertirebbe nel compito parziale di vindice di taluni interessi offesi a danno di altri legittimi. Se il legislatore escluse, per principio, i creditori dalle funzioni di curatore, certo volle premunire l'amministrazione contro la unilateralità delle vedute, contro misure partigiane di chi ha particolari interessi da salvaguardare.

Nella determinazione della data della cessazione dei pagamenti fanno capo tanti e così vitali interessi, che il loro urto è là più che in altra questione temibile. I creditori chirografari a null'altro criterio s'inspirano che a quello di annientare tutte le garanzie reali. Ogni poziorità di diritti è falcidia di patrimonio. Dunque poziorità di diritti non devono esistere, perchè contrarie all'eguaglianza. E se il curatore accoglie questi criteri, ad essi informa la propria condotta, e di null'altro si preoccupa che di farli prevalere; la procedura di fallimento diviene fonte inesausta di liti, con lo sperpero del patrimonio, la diuturnità delle liquidazioni, e gli inconvenienti che di un'amministrazione protratta sono lo strascico.

Ecco perchè il curatore, all'infuori di ogni lizza parziale, nella tutela disinteressata della massa, dopo vagliate le condizioni del fallimento, ed essere risalito alle cause che provocarono la catastrofe, si rivolge al tribunale e chiede che la data della cessazione sia fissata ad un'epoca che precisa e giustifica. In questa domanda, nè ha, nè può avere contraddittori. Chiede la determinazione sulla base delle risultanze dell'amministrazione, e nell'interesse elevato della giustizia. Se una prima sua domanda non è accolta, e tuttavia a lui sembra attendibile, la conforta di nuove prove, e la ripropone. Di qui nuova giustificazione dell'opinione che sostenni (n. 80) sull'indeterminabilità delle sentenze che possono emettersi in proposito dalla Camera di consiglio.

Ma quando si è giunti alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti, il còmpito del curatore deve essere, per questo riguardo, esaurito. Allora sorge il conflitto di interessi singoli con quello generale della massa; conflitto, il quale provoca, con la

opposizione, una controversia sulla determinazione della data della cessazione dei pagamenti. E così deve essere. Anzi tutto, perchè non si comprenderebbe come, dopo quella chiusura, il curatore non avesse mezzo di conseguire la retrodatazione nel caso che l'epoca della cessazione coincida con quella della dichiarazione. Se è l'interesse generale che richiede una più precisa determinazione, al curatore dovrebb'essere riservato un termine ulteriore pel reclamo. Eppure non è così; perchè la legge presuppone che all'interesse generale si sia già provveduto prima della chiusura del verbale; e se la cessazione non fu retrodatata, vuol dire che il curatore ritenne che la coincidenza delle date, di cessazione e di dichiarazione, corrispondesse alla realtà. — In secondo luogo, sarebbe strano che, segnando la chiusura del verbale di verificazione il passaggio dalla procedura istruttoria a quella contenziosa, il curatore non avesse predisposto quanto si richiede per il completo dibattito e sulle contestazioni dei crediti e sull'opposizione, sapendosi come appunto dalla determinazione della data della cessazione dei pagamenti dipenda l'esito di parecchie questioni che più comunemente si elevano nella verificazione dei crediti. — Infine, è la legge stessa che costituisce del curatore il contradittore di tutte le opposizioni alla sentenza che determina provvisoriamente ad un tempo anteriore la data della cessazione dei pagamenti. Questo contradittorio è la più accentuata manifestazione che il curatore non può spiegare l'opposizione. Chi chiamerebbe il curatore in giudizio, contro chi sporgerebbe egli il reclamo, se fosse altrimenti? Si rispose: contro i creditori aventi interessi contrari alla determinazione che il curatore vorrebbe far stabilire. Risposta astratta e indeterminata. Chi ha pratica delle cose sa che gli interessati diretti possono *forse* essere stabiliti, non gli indiretti; che la questione è più obbiettiva che subbiettiva; e che, ad ogni modo, non si può, nell'interesse della generalità, imporre a taluni creditori di essere i contradittori del curatore, solo perchè, mediatamente o immediatamente, possono aver collegato il loro interesse ad una piuttosto che ad altra determinazione della data di cessazione dei pagamenti. — Nè contradittore può essere il fallito: vuoi perchè nessun interesse personale potrebbe avere in una diversa determinazione, nel qual caso la sua presenza in giudizio sarebbe illegale; vuoi perchè potrebbe essere consenziente alla domanda del curatore, che patrocina, con l'interesse della comunione, quello del fallito che vi fa parte; vuoi, infine, perchè il suo sarebbe un contradittorio non previsto dal codice, ma creato ad opportunità, tanto per dare al curatore un avversario purchessia in sede di opposizione (1). No: mantengo, e fermamente, il mio avviso. Il contradittorio che si verifica con l'opposizione è il conflitto dell' interesse particolare di qualche creditore con quello generale della massa, rappresentato dal curatore. E quindi all'interesse generale deve essersi già provveduto, prima della chiusura del processo verbale di verifica, con la determinazione provvisoria della data di cessazione dei pagamenti. È questa determinazione il bersaglio di quanti hanno interessi contrari al collettivo da cimentare in giudizio in confronto del curatore (2).

(1) Lo stesso VIDARI, che dà al curatore il fallito per contradittore, lascia intendere che non è tranquillo della soluzione (*Corso di diritto commerciale*, VIII, n. 4378), e si domanda: " se non egli (il fallito) chi potrebbe assumere la qualità di legittimo contradittore del curatore? D'altronde come si può immaginare una opposizione senza contradittore?... „. — Appunto perchè non si può immaginare, non esiste.

(2) Andò in contrario avviso la Corte d'appello di Torino, con la sentenza 10 settembre 1888, Boglione c. Merlo e Rodda (*La Giurisprudenza*, 1888, p. 734). La Corte adduce questi argomenti: — la disposizione ampia e generica dell'art. 706,

84. La dottrina che io professo è, pertanto, questa: dalla sentenza dichiarativa del fallimento alla chiusura del verbale di verificazione dei crediti, corre il periodo istruttorio della procedura di fallimento, e quindi la data della cessazione dei pagamenti, che in quel periodo è fissata, è sempre provvisoria; stabilita, nell'interesse generale, anche d'ufficio; emessa in Camera di consiglio, e suscettibile di opposizione negli otto giorni successivi alla chiusura del verbale, qualora la data della cessazione sia anteriore alla data della dichiarazione, perchè, se le due date coincidono, la legge non ritiene che esista materia di opposizione.

Conseguenze di questa teorica

1ª Il curatore, rappresentante dell'interesse generale, non può far opposizione alla sentenza di retrodatazione, perchè si presume abbia provveduto a quell'interesse prima che l'istruttoria sia compita. — Questa tesi fu dimostrata nel capitolo precedente (n. 83).

2ª Nemmeno il tribunale può, d'ufficio, dopo la chiusura del verbale di verifica, determinare una data di cessazione dei pagamenti diversa da quella che fu stabilita anteriormente alla chiusura. Le ragioni addotte per escludere questa facoltà nel curatore, valgono, *a fortiori*, pel tribunale.

3ª Quindi, nella sede di opposizione, il tribunale potrà o accogliere o respingere la domanda di qualche interessato diretta a far risalire o retrocedere la data della cessazione dei pagamenti; ma non potrà, d'ufficio, sostituirne una diversa, perchè giudicherebbe *ultra petita* (art. 517, n. 4, C. p. c.). Esclusa, infatti, ogni iniziativa d'ufficio dopo la chiusura del verbale di verifica, l'orbita del giudizio è tracciata dalle domande e dalle eccezioni delle parti, le quali, naturalmente, possono essere varie, e sostenere ciascuna una determinazione diversa. Entro quell'orbita si aggira la controversia; su quelle domande ed eccezioni deve emettersi la pronuncia.

4ª All'infuori del tribunale e del curatore, *qualunque interessato* ha diritto di opporsi alla retrodatazione provvisoria della cessazione dei pagamenti (art. 704.) Nessuna esclusione adunque: i creditori, il fallito, i debitori suoi, ogni terzo che ebbe rapporto con lui ed ha un interesse nella fissazione della data da cui si fa decorrere la cessa-

---

che non esclude il curatore; il quale, pertanto, provvede, anche con l'opposizione, a favore della massa; — che se quell'articolo fa del curatore il contradittore della opposizione, è perchè contempla il caso in cui l'opposizione è spiegata da qualche interessato, ma non deroga il diritto che pur compete al curatore di rendersi opponente nell'interesse dei suoi rappresentanti, nel quale caso, essendo egli già in giudizio, non occorreva alcuna disposizione; — che se egli si trova, quale opponente, in conflitto con taluni creditori, e forse col maggior numero, ciò non contraddice alla sua qualità di tutore della massa, ma è consono alla sua missione di impedire che sieno danneggiati i creditori, ritraendo la sua qualità giuridica dall'ente fallimento non dai creditori coi quali può trovarsi in contesa. — A questi argomenti parmi, se non mi illudo, risponda a sufficienza la dimostrazione della tesi da me sostenuta nel testo.

Aggiungo che la stessa Corte, con la sentenza 29 marzo 1886, Amprimo c. Banca di Susa (*Raccolta di giur. it.*, 1886, 2, 354) avea dichiarato che nel periodo istruttorio, anteriore alla chiusura del verbale di verifica dei crediti, è ammissibile la domanda di un creditore spiegata in contradittorio del curatore per far retrodatare la cessazione dei pagamenti, motivando " che i termini della controversia non venivano punto modificati per la circostanza di aver i creditori fatto più di quello che ad essi la legge imponeva, promovendo la loro domanda in contradittorio del curatore del fallimento anzichè con semplice ricorso „. Ma, in allora, perchè la determinazione sarebbe *provvisoria?* Come reggerebbe poi l'opposizione ad una sentenza già emessa in contradittorio, in ispregio al principio: *opposition sur opposition ne vaut?* Certo *utile per inutile non vitiatur;* purchè l'*inutile* non contraddica all'intero organismo procedurale, così da viziare anche l'utile. Ed è quanto si verifica, allorchè si propone in sede contenziosa una istanza da promoversi invece nella sede non contenziosa. Non trattasi di inutile aumento di formalità. Ma, per lo appunto, si propone la domanda in sede incompetente; e, per ciò, la si rende irricevibile.

zione dei pagamenti, potranno profittare del rimedio della opposizione. Anche coloro che non potrebbero far pronunciare il fallimento, possono far opposizione alla data fissata per la cessazione dei pagamenti. Può il legislatore non concedere a certi creditori di chiedere la dichiarazione del fallimento di un loro debitore, indotto al divieto da motivi di opportunità economica o di convenienza domestica. Ma pronunciato il fallimento, la restrizione all'esercizio di un diritto più non si giustifica. Rivive il principio che l'interesse è la stregua delle azioni. Quindi, e il creditore per obbligazioni civili, e i parenti, accennati nel secondo alinea dell'art. 687, potranno essi pure spiegare il rimedio della opposizione per ottenere una diversa determinazione della data, provvisoriamente fissata, della cessazione dei pagamenti.

5ª Nel periodo istruttorio — che decorre dalla dichiarazione del fallimento alla chiusura del verbale di verifica — ogni interessato può chiedere con ricorso alla Camera di consiglio del tribunale che sia stabilita la data della cessazione dei pagamenti in un giorno determinato, sia poi questo anteriore o posteriore a quello previamente stabilito. Anche in questo periodo, adunque, può chiedersi che la data della cessazione dei pagamenti, già fissata in epoca anteriore alla dichiarazione del fallimento, sia posticipata, ed anche, se così credesi, sia fatta coincidere con quella della sentenza dichiarativa, sebbene apparisca fenomeno eccezionale che la causa sia coeva all'effetto.

Perchè, infatti, si pretenderebbe che l'interessato debba aspettare a raggiungere il suo scopo col rimedio della opposizione? Se esso ottiene o la retrotrazione o la posticipazione della data dalla Camera di consiglio, è probabile che risparmi a sè e alla massa le remore e le spese d'un litigio, con più sollecita soluzione delle controversie che si collegano alla determinazione definitiva dell'epoca di cessazione dei pagamenti. E, ad ogni modo, il periodo istruttorio, non contenzioso, del fallimento, non ha, nella legge, limitazione di obbiettivi. Unico suo scopo è la più precisa determinazione di quell'epoca. La *provvisorietà* della pronuncia non è sinonimo di *precarietà;* significa semplicemente che la pronuncia può tuttavia infirmarsi col mezzo della opposizione. Tanto meglio, quindi, e per la giustizia, e pei creditori, se la esattezza della determinazione provvisoria renderà inutile l'uso di ulteriori rimedi per renderla stabile e definitiva.

6ª Non raggiunto però lo scopo nella sede non contenziosa, l'interessato spiegherà il rimedio della opposizione, il cui tema è appunto quello di far assegnare alla cessazione dei pagamenti una data o anteriore o posteriore a quella precedente alla dichiarazione del fallimento, già provvisoriamente stabilita dalla Camera di consiglio. Questa opposizione si differenzia da quella che può spiegarsi contro la sentenza dichiarativa del fallimento da ciò che " la prima mira a negare lo stato medesimo di fallimento, ed a distruggere quindi gli effetti già iniziati; mentre la seconda presuppone ed accetta necessariamente quello stato, ma, soltanto, ne vuole far assegnare il principio dopo quello o prima di quello stabilito dal tribunale „ (1).

7ª Se la giurisprudenza riconobbe che non può condannarsi nelle spese di lite il curatore, il quale sostiene la dichiarazione di fallimento, poi revocato (2), a più forte ragione non dovrà condannarsi allora che, contraddicendo alla domanda di qualche interessato per una diversa determinazione

(1) VIDARI, op. cit., VIII, n. 4376.

(2) Conf. Corte di cassazione di Torino, 19 dicembre 1882, Pittaluga c. Guelfi, e Corte d'appello di Milano, 20 novembre 1883, Fallita Società dei tramways di Vicenza c. Cornfoot e Martelli (*Monitore dei trib.*, 1882, p. 251; 1883, p. 35). Conforme pure VIDARI, *Corso di diritto comm.*, VIII, n. 4371.

della data di cessazione dei pagamenti, rimanga soccombente. Il curatore non agisce nel proprio interesse, ma in quello della massa. Quindi, se non gli si possono imputare gravi motivi di colpa, non può essere personalmente tenuto alla rifusione delle spese di lite, senza diritto a ripetizione (art. 372 C. p. c.).

Ma, nemmeno quale rappresentante del fallimento, io ritengo possa il curatore essere condannato, facendosi cadere sul fallimento l'onere delle spese di lite. Perchè la determinazione provvisoria della data, a cui cooperò, o poteva cooperare, anche il tribunale, con la iniziativa che gli è concessa, deve presumersi fissata nel generale interesse. Se in contradittorio è modificata, deve ritenersi che ciò dipenda da fatti e documenti prima non conosciuti. Ad ogni modo, il curatore difende una determinazione fissata dal magistrato; è il contraddittore obbligatorio per legge di ogni interessato; tutela la massa; anzi la sua inazione o fiacchezza potrebbe essere colpevole, e renderlo personalmente responsabile delle conseguenze. Sicchè, nemmeno l'ente fallimento potrebbe, ad avviso mio, condannarsi nelle spese. Solo potrà esserlo, se non piegandosi alla evidenza dei fatti e degli argomenti, affronterà un giudizio di appello e di cassazione. Allora, quanto più è delicata la tutela di interessi lesi, quanto maggiori devono essere gli sforzi per attenuare i danni del disastro economico e affrettare la liquidazione, tanto più è accentuato il dovere di non cimentarli in liti pericolose, che facilmente acquistano il carattere di temerarie. Difesa degli interessi generali, sì; ma cauta, previdente, imparziale, quale si conviene a chi rappresenta un'amministrazione profligata ed interessi fatalmente tra loro cozzanti.

8ª Emessa la sentenza di opposizione, questa, secondo la legge (art. 706 ult. al.), è soggetta ad opposizione od appello. Qui la voce *opposizione* è adoperata nel significato che le assegna il Codice di procedura civile, e cioè di rimedio contro una sentenza contumaciale, quando il convenuto non sia stato citato in persona propria e non gli sia stata rinnovata la citazione (art. 474 C. p. c.). Certo non è opportuno che una medesima voce indichi due rimedi diversi, perfino nello stesso articolo di legge. Ma è certo che, mentre il rimedio dell'opposizione, a cui si richiama più precisamente la disposizione in esame del Codice di commercio, è quella che si spiega contro la pronuncia della Camera di consiglio che ha determinato provvisoriamente l'epoca della cessazione dei pagamenti, come già ampiamente ho dimostrato (n. 30); l'opposizione a cui la sentenza emessa in sede di opposizione può essere tuttavia soggetta, non è altrimenti che quella delle sentenze contumaciali. Diversamente ragionando, si giunge all'assurdo di ripetere contro una sentenza emessa in contradittorio, l'uso di un rimedio già esperito contro una sentenza emessa senza contradditorio, e *opposition sur opposition ne vaut.*

Egregiamente svolgeva questo concetto la Corte suprema di Napoli, il cui autorevole pronunciato è opportuno, per la correttezza sua, di richiamare in parte: " Quando esiste già una sentenza che *determina provvisoriamente ad un tempo anteriore* la data della cessazione dei pagamenti, sia che dessa sia la stessa di quella che dichiara il fallimento, sia che sia diversa, la legge, coll'art. 706, concede a tutti gli interessati, senza distinzione, il diritto ad una speciale opposizione (1) esercibile fra otto giorni dalla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. La ragione, per cui fu concessa questa speciale opposizione, è troppo evidente, ed è riposta in ciò che ap-

(1) Si noti che la Corte Suprema napoletana rileva che la *opposizione* del giudizio commerciale non è quella del giudizio ordinario civile. È opportuno tener conto di questo primo passo alla precisa e completa definizione di quella opposizione (n. 30).

punto al tempo della verificazione dei crediti si può essere in grado di vedere, con cognizione di causa, se bene o male venne determinato il giorno della cessazione dei pagamenti ad un tempo anteriore alla dichiarazione di fallimento, o se convenga invece di retrotrarlo, poichè allora i creditori tutti esibiscono i propri titoli coi rispettivi protesti. Contro la sentenza che pronunzia sulla ripetuta speciale opposizione, non può esservi ulteriore speciale opposizione, sia perchè altrimenti il termine sarebbe stato vanamente prefinito dal legislatore; sia perchè lo stesso art. 706, con l'ultimo capoverso, permette solo l'opposizione o l'appello in conformità delle regole ordinarie del rito civile „ (1).

Se quindi non si tratta di contumacia, la quale conceda il rimedio della opposizione, la sentenza, emessa in sede di opposizione commerciale, è suscettibile soltanto del rimedio dell'appellazione (art. 913 Codice commerciale).

35. La sentenza dichiarativa del fallimento coglie il fatto della cessazione dei pagamenti, lo constata, e lo converte in uno stato giuridico: il fallimento. Da questa dichiarazione il fallito perde l'amministrazione del suo patrimonio, la cui inalterabilità rimane assicurata ai creditori.

La determinazione della data della cessazione dei pagamenti risale invece alla genesi di quel fatto, per fissare il momento da cui esiste la assoluta o possibile invalidità di certi atti, che il fallito, o solo, o con l'altrui cosciente cooperazione, potè effettuare per distruggere l'eguaglianza dei creditori, o per distrarre parte del patrimonio che era la loro comune garantia.

Sono, dunque, due frasi fra loro distinte.

Nella prima, il giudice non fa che constatare la effettiva cessazione dei pagamenti (art. 683). Egli non può spingere le sue indagini sulla condizione economica del commerciante, il quale, sebbene con un passivo superiore all'attivo, potrebbe tuttavia sorreggersi con le risorse del credito. Ogni investigazione, non solo gli è vietata dalla legge, che si arresta al fatto esteriore e materiale della cessazione dei pagamenti, ma potrebbe essere una jattura irreparabile pel commerciante di cui turberebbe il regolare andamento degli affari (n. 8).

Nella seconda fase, invece, e quando il fallimento fu dichiarato, " la vita commerciale del negoziante è già esposta alla più estesa e dolorosa pubblicità; il giudice ha già esaminato tutta la serie degli affari che lo trassero alla rovina, e in questo momento egli può tener conto di tutti gli spedienti rovinosi e fraudolenti, che sfuggivano alla sua indagine quando fu dichiarato il fallimento. Allora, senza punto turbare col suo intervento il segreto della privata economia, il giudice può dire al fallito: la legge non può rispettare un'attività commerciale continuata in frode dei creditori, con mezzi illegittimi, mentre dovevate preservarne i diritti provocando la dichiarazione di fallimento „ (2).

Lo stabilire il momento da cui o la cessazione ha cominciato, o l'uso di mezzi fraudolenti e rovinosi l'ha ritardata, è giudizio rimesso esclusivamente al criterio illuminato ed insindacabile del tribunale (3). Una

(1) Corte di cassaz. di Napoli, 5 gennaio 1888, De Boffa c. Campese (*Gazzetta del procuratore*, XXII, p. 392).

(2) VIVANTE, *La cessazione dei pagamenti nel fallimento* (*Temi Veneta*, 1885, n. 22).

(3) Cosicchè, mentre è censurabile in sede di cassazione il giudizio del magistrato nella definizione giuridica dello stato di fallimento, non lo è invece l'apprezzamento che si riduce a far risalire la cessazione dei pagamenti ad una epoca determinata. La ragione è evidente. Lo stato di fallimento consiste nella cessazione dei pagamenti, e " si traduce nel concetto giuridico della effettiva impotenza nella quale siasi di fatto trovato il debitore di far onore ai suoi impegni „ (Cassazione di Firenze, 18 marzo 1882, Bane c. Francesconi, *Temi Veneta*, VII, pag. 238, e le autorità riferite al n. 8 di questo *Commento*, pag. 21.

teoria scientifica nè vi è, nè potrebbe esservi. In seguito all'esame coscienzioso dell'intera azienda, alla indagine scrupolosa delle cause che provocarono la catastrofe, il giudice può segnare il momento in cui il dissesto si è esteriormente manifestato con la cessazione dei pagamenti, oppure i pagamenti si effettuarono usando di espedienti rovinosi. In questo sguardo retrospettivo, la legge dà alcune norme precettive e alcuni criteri direttivi, che ora enumererò, raggruppandoli ordinatamente, e dando di ciascuno la spiegazione.

1. Per principio generale, la cessazione dei pagamenti non può farsi risalire oltre i tre anni dalla data della sentenza che dichiara il fallimento (art. 704, 3° alin.).

Il periodo di possibile retrotrazione è soverchiamente lungo. La Commissione compilatrice proponeva un anno; ed era misura adeguata (1). " Non può infatti supporsi che la vita fittizia d'un commerciante rovinato possa protrarsi a lungo; avuto però riguardo alla possibilità di accordi stragiudiziali, iniziati con la speranza, non riuscita, di evitare il fallimento, sembra che sia conveniente lo estendere la facoltà di retrotrarre lo stato del fallimento *fino ad un anno anteriore al giorno in cui viene dichiarato*. Che se in qualche caso questo spazio di tempo potesse riuscire insufficiente, il beneficio che deve derivarne alla sicurezza delle transazioni commerciali, compenserà facilmente il difetto d'un'esattezza maggiore, e le regole di diritto comune offriranno sempre i rimedi concessi contro gli atti commessi in frode dei creditori „ (2).

2. Ma la estensione già soverchia di questo periodo anteriore alla dichiarazione del fallimento apparisce addirittura esagerata nel caso di un commerciante che si è ritirato dal commercio. Giacchè, potendosene dichiarare il fallimento entro cinque anni dal ritiro (art. 690), e retrotrarre la data della cessazione dei pagamenti a tre anni almeno dal ritiro (art. 704), ne deriva che pel commerciante, il quale più non esercita il commercio, si può risalire fino ad otto anni retro della sua passata attività commerciale per fissare la data della cessazione dei pagamenti. Vi ha un motivo persuadente di questa disposizione? Vi è parità di trattamento fra commerciante ritirato e commerciante esercente, o almeno una proporzione razionale di termini? Vi è possibile tranquillità di operazioni, conciliabile con la latitudine di queste retrodatazioni?... Domande che rappresentano altrettanti dubbi, sui quali la intelligenza non si acquieta.

3. Per un commerciante defunto, e cessante dei pagamenti prima di morire (3),

---

in cui la questione è svolta). Conseguentemente, se il magistrato — o non pronuncia il fallimento, sebbene esista la cessazione dei pagamenti, affermando che il passivo non superava l'attivo (Cassazione di Torino, 11 maggio 1886, Fallimento Allera c. Banca di Vercelli, *La Giurisprudenza*, 1886, p. 367) — o lo pronuncia, sebbene non esista la cessazione, basandosi alla notorietà della insolvenza o ad altri criteri (decisione ricordata della Cassazione di Firenze) — il suo giudizio è determinato da un erroneo criterio giuridico sullo stato di fallimento, e per ciò sottoposto alla censura della Corte regolatrice. — Invece, una volta constatata la cessazione dei pagamenti, il precisare da qual momento si deve far decorrere, implica un puro e semplice apprezzamento di fatti, in cui non è involto alcun criterio di diritto, tanto più ora che, per l'art. 705, è necessario di vagliare i mezzi dei quali si è servito il debitore per protrarre la catastrofe.

(1) Verbali della Commissione, n. 776.

(2) Legge germanica sui concorsi, § 26: " Gli atti compiuti oltre i sei mesi precedenti alla dichiarazione del fallimento non possono impugnarsi pel motivo che era nota la cessazione dei pagamenti „.

Legge belga 18 aprile 1851, art. 442... " Eccettuato il caso contemplato all'art. 613 (*di domanda di moratoria*) l'epoca della cessazione dei pagamenti non può essere fissata a una data anteriore ai sei mesi dalla sentenza dichiarativa del fallimento „.

(3) Che il commerciante defunto non possa dichiararsi fallito se non era cessante prima di morire, lo si è dimostrato al n. 26. — Aggiungo che la Corte d'appello di Torino ha altresì dichia

siccome il fallimento deve dichiararsi entro un anno dalla morte (art. 690 2° alin.), così la retrodatazione potrà farsi risalire fino a quattro anni dalla dichiarazione del fallimento. — Anche questo periodo è eccessivo.

4. Dimostrai altra volta che anche un solo creditore, per causa di commercio, insoddisfatto, può far dichiarare il fallimento del debitore commerciante (n. 6, p. 16). Ma aggiunsi: quando però sia stabilito che il non effettuato pagamento dipende da impotenza a pagare, e non da eccezioni che il debitore in buona fede creda di poter opporre all'unico creditore. Donde consegue che se il debitore fallisse, e si pretendesse di far risalire la data della cessazione dei pagamenti al rifiuto da lui opposto a qualche creditore di pagarlo — il fallito ha libera la prova che il rifiuto non dipese da impotenza, bensì da eccezioni attendibili ch'egli oppose o poteva opporre a quel creditore. Se il rifiuto, così giustificato, non avrebbe concesso di far pronunciare il fallimento, non consente poi di riportare ad esso il fallimento in seguito pronunciato per la cessazione dei pagamenti altrimenti verificatasi. Il debito non fu pagato perchè si riteneva dal debitore, e in buona fede, di non doverlo pagare. Se poi avvenne la catastrofe, per non essersi pagati altri debiti, non è permesso risalire al momento in cui fu opposto il rifiuto legittimo o giustificato, per far decorrere da esso la cessazione dei pagamenti, anche se, eventualmente, la impotenza a pagare sussisteva fin da quell'epoca, senza però essere la ragione determinante il rifiuto.

5. Ma vi ha una situazione affatto speciale, in cui, pronunciato il fallimento quale conseguenza della cessazione dei pagamenti, si può tuttavia far decorrere quella cessazione da un momento in cui in realtà non esisteva. Ciò si verifica quando il fallito si era tuttavia manifestato far fronte alle scadenze con mezzi rovinosi e fraudolenti. È quindi inesatto sostenere che l'articolo 705 modifichi il concetto fondamentale che il fallimento consiste nella effettiva cessazione dei pagamenti, in modo che per la nuova legislazione sia sufficiente a far pronunciare il fallimento lo stato d'insolvibilità, o, come altri disse, la devozione interna (1). Quella disposizione, nella sua ultima parte, suppone la dichiarazione del fallimento già avvenuta, e solo offre al giudice i criteri per stabilire l'epoca precisa della cessazione dei pagamenti, escludendo che la loro continuazione con mezzi rovinosi impedisca la dichiarazione che il commerciante *fosse realmente* in istato di cessazione dei pagamenti (2). In altre parole: per dichiarare il fallimento, occorre la esteriore manifestazione della impotenza con la cessazione dei pagamenti, perchè la dichiarazione del fallimento è la constatazione giudiziale di questo fatto. Verificatasi la cessazione, e dichiarato il fallimento, il giudice penetra con le sue indagini nei segreti avvolgimenti dell'azienda fallita, e si accorge che se la catastrofe non si verificò prima, fu perchè con mezzi rovinosi e fraudolenti potè evitarsi. Il commerciante, cioè, ha subìta l'usura; è ricorso all'infido ausilio del Monte di pietà; vendette a prezzi disperati le merci acquistate a credito, ecc. Allora, come non affermare che, in realtà, la insolvenza *potenzialmente* esisteva prima della dichiarazione giudiziale del fallimento? Come negare che se questa dichiarazione fu protratta, lo si deve unicamente ai mezzi dolosi e rovinosi, che rappresentano pei creditori un disastro ben più grave di una

rato, e rettamente, che l'anno dalla morte, entro cui deve pronunciarsi il fallimento, è termine perentorio tanto se la dichiarazione avvenga d'ufficio quanto se sull'istanza dei creditori (decisione 3 settembre 1888, Gullino c. Brusa, *La Giurisprudenza*, 1888, p. 690).

(1) Si consulti sull'argomento l'*Annuario critico di giurisprudenza comm.*, I, n. 41, p. 141.

(2) Si vegga, sul tema in esame, la polemica fra ERRERA, VIVANTE e chi scrive, nella *Temi Veneta*, 1885, n. 22 e 27.

tempestiva cessazione?... È appunto l'uso di questi mezzi che, nel determinare la decorrenza del fallimento, sostituisce la effettiva cessazione, perchè senza quegli spedienti la cessazione sarebbe avvenuta. Ed è dal momento di quell'uso che si fa decorrere la cessazione dei pagamenti, o, come più propriamente dovrebbe dirsi, *lo stato di fallimento*. Il quale, è bene ripeterlo, non sarebbe esistito se, malgrado l'uso di artifici fraudolenti ed operazioni rovinose, il commerciante non fosse stato mai cessante. Ma una volta cessante, nessun ostacolo può esservi, nè economico nè giuridico, per non retrotrarre il fallimento all'epoca in cui l'uso dei mezzi rovinosi distrusse l'eguaglianza dei creditori, consentì di proseguire una vita effimera che ha aggravata la loro condizione, e diede origine ad atti che, senza quella retrotrazione, sfuggirebbero all'annullamento o renderebbero arduo il còmpito di chi volesse invalidarli. L'essersi abolito il precetto irrazionale del Codice precedente, che faceva risalire gli effetti della cessazione dei pagamenti ai dieci giorni precedenti alla stessa, giustifica il provvedimento che lascia al tribunale una certa latitudine di giudizio nel determinare il momento in cui gli atti del fallito lesero la eguaglianza dei creditori. Sarà solo ad esaminarsi — e questo costituirà tema di indagine nel commento dei successivi articoli — se la conoscenza del terzo contraente della cessazione dei pagamenti non debba, nel caso d'impugnativa di un atto fraudolento, sostituirsi, nell'ipotesi ora contemplata, con l'altro requisito più preciso della conoscenza del terzo che con mezzi rovinosi e fraudolenti si proseguì dal fallito ad effettuare i pagamenti, ai quali, diversamente, non avrebbe potuto far fronte.

86. Con la guida dei principii già largamente svolti, parmi difficile possano sorgere difficoltà, tanto riguardo alle modalità, quanto riguardo ai criteri da seguire per determinare la data della cessazione dei pagamenti. Tuttavia, a meglio lumeggiare la dottrina, e per rispondere più adeguatamente che per me si possa all'indole pratica del lavoro, ricorderò quei pronunciati, emessi più di recente, che si conformano alla teorica da me esposta intorno ai criteri da adottare per la retrotrazione del fallimento.

1. La cessazione dei pagamenti deve farsi risalire al giorno in cui si verificò il primo protesto o rifiuto di pagamento, seguìto da altri protesti e rifiuti; essendochè riesce chiaro ed aperto che già nel giorno del primo protesto il commerciante era impotente a far fronte ai suoi impegni e si trovava in istato di vera insolvenza (1).

2. A stabilire la reale e materiale cessazione dei pagamenti ad una data anteriore a quella della dichiarazione di fallimento, si richiedono atti esteriori che si colleghino con la definitiva cessazione la quale ha provocato la dichiarazione del fallimento. Quindi, non bastano atti isolati, ma devono essere tali da escludere l'idea di un semplice momentaneo dissesto; tali da rendere ostensiva e permanente quella impossibilità o quel rifiuto a pagare che dinota essere il commerciante in uno stato di rovina irreparabile (1).

3. Quindi, se un momentaneo imbarazzo fu superato senza che per esso sia

(1) Corte di cassazione di Torino, 18 maggio 1883, Reinfeld c. Raimondi (*Annuario critico della giurispr. comm.*, I, n. 41). — Sebbene il lettore possa averlo notato da sè, tuttavia mi interessa avvertire che, nel riferire le decisioni, io non riproduco mai le nude massime che si formulano dai giornali. Riassumo le pronuncie nei loro motivi sostanziali; e li riferisco testualmente, se la esattezza del concetto svolto lo richiede.

(1) Corte d'appello di Torino, 21 novembre 1883, Defernex c. Fallimento Franzi (*Annuario critico della giurispr. comm.*, II, n. 90).

rimasto scosso il credito (1); se un protesto cambiario fu seguito da pagamento o da rinnovazione del titolo — non può farsi risalire alla data di quell'imbarazzo, o di quel protesto, il fallimento, posteriormente dichiarato per altri debiti insoddisfatti. Infatti, " allorchè il protesto è seguito da pagamento, od anche da rinnovazione del debito, non è fatto che indichi un dissesto negli affari del commerciante, potendo provenire da diverse cause indipendenti da dissesto, ed anche da inavvertenza. E se non si paga l'effetto ed è rinnovato, ciò indica che il credito sussiste tuttavia nel debitore. Un commerciante può essere incagliato nei suoi affari, non dissestato; l'incaglio può far scemare il credito, ma non lo toglie. È un fatto passeggiero che si verifica non di rado nel commercio, specialmente nelle generali crisi. — Il dissesto, invece, pone il commerciante nella impossibilità di far fronte agli impegni; il discredito lo susseguе; le operazioni si fermano; e, non potendo pagare, sorge quello stato che in commercio è detto fallimento „ (2). Conseguentemente, se dopo un protesto, il commerciante non ha pagato più anche altri creditori, è alla data di quel primo protesto che si deve far risalire la data della cessazione dei pagamenti (3).

4. La retrotrazione della cessazione dei pagamenti limitata a tre anni dal nuovo codice di commercio conferma ciò che, del resto, risponde alla dottrina e alla logica, cioè, che, " debbasi a tutela della pubblica fede e della stabilità delle operazioni commerciali una circospezione tanto più rigorosa e severa nella valutazione delle circostanze e dei fatti che inducono il fallimento, quanto più remota trovasi la data a cui si voglia far rimontare un tale stato, per le conseguenze dannose che ne possano derivare ai terzi che contrattarono col fallito prima che egli fosse dichiarato tale „ (4).

5. " È difficile che un commerciante possa continuare a lungo il suo commercio quando si trovi in vero stato d'insolvibilità, oppure che possa e sappia occultare così abilmente e lungamente un tale stato, anche con ripieghi o mezzi rovinosi ed illeciti, da potersi dire che agissero con poca oculatezza coloro che ebbero rapporti o fecero atti col medesimo in tempo meno prossimo alla dichiarazione della fallita, quando non concorrano gravi e concordanti argomenti a poter ritenere che la di lui insolvibilità, quantunque non affatto notoria, non potesse però venir ignorata da chi avesse assunto con le regole ordinarie della comune prudenza le debite informazioni sulla condizione e sul credito di colui che ebbe poi a fallire, e dovesse quindi imputare ad incuria e colpa propria di aver fatto atti ed operazioni commerciali col medesimo „ (5).

6. L'aver ceduto ogni attività ad alcuni creditori, e quindi l'essersi messo in condizione di non poter pagare gli altri, non è ragione per dichiarare il fallimento, se non esiste cessazione dei pagamenti. " La cessazione dei pagamenti, come non potrebbe risultare da un semplice dissesto nel patrimonio del debitore, inducente ritardo nel soddisfare i creditori, così non ha da confondersi, quale effetto, con le cause più o meno remote che possano averla determinata, e con le difficoltà finanziarie, da cui, per avventura, sia stata preceduta „ (6).

(1) Tribunale di Novara, 17 dicembre 1886, Conelli c. Maspero (*Monitore dei trib.*, 1887, p. 188), e Appello di Casale, 14 maggio 1888, Perfumo c. Borgatta (*Monitore dei trib.*, 1888, p. 915).

(2) Corte d'appello di Torino, 9 luglio 1884, Bianco c. Grattoni (*Annuario critico della giurisprudenza comm.*, II, n. 87).

(3) Corte d'appello di Bologna, 31 gennaio 1885, Innocenti c. Giomo (*Annuario*, III, n. 124).

(4) Corte d'appello di Torino, 21 novembre 1888, Defernex c. Fallimento Franzi (*Annuario critico*, II, n. 90).

(5) La medesima sentenza.

(6) Corte di cassazione di Torino, 3 febbraio 1885, Banca di Savigliano c. Fallita Berier-Delaleu (*Annuario critico della giur. comm.*, III, n. 122).

Avvenuta però la cessazione, e dichiarato il fallimento, si potrà far risalire la data della cessazione all'epoca della cessione, siccome mezzo rovinoso per poter effettuare comunque, i pagamenti.

7. Il codice vigente, pur conservando il sistema del codice cessato di trovare il segno ed il momento del fallimento, non nel dissesto o sbilancio economico, ma nella cessazione dei pagamenti, ha creduto opportuno aggiungere, nell'articolo 705, come norma direttiva, propria dell'istituto, e non già come disposizione nuova e riformatrice, che lo stesso fatto materiale di una continuazione di pagamenti con mezzi rovinosamente e fraudolentemente procurati, non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse realmente in istato di cessazione dei pagamenti. Ed infatti " le dilazioni richieste ed ottenute dal commerciante; le ipoteche da lui costituite per debiti scaduti; il prolungamento degli effetti cambiari mediante rinnovazioni, sono più specialmente quei fatti che, mentre al certo non importano per sè soli e per sè stessi cessazione dei pagamenti, perchè ben possono spiegarsi come spedienti momentanei, o come le risorse di un credito effettivamente conservato, possono però anche concretarsi nella assoluta impossibilità di soddisfare ai propri impegni e rivelare che il credito del commerciante, il quale siasi sostenuto più o meno a lungo non con altro che con tali mezzi e ripieghi, o con una circolazione di effetti di comodo senza alcuna causa reale, aveva già cessato in realtà di esistere fin da quando si ebbe ad essi ricorso, e non era che simulato e fittizio, con grave danno della buona fede e degli interessi del commercio in generale „ (1).

8. I protesti, i precetti e le sentenze di condanna contro il debitore, caduto di poi in fallimento, non sono ragione per riportare alla loro data l'epoca della cessazione dei pagamenti, allorquando, non essendo quei creditori comparsi nel giudizio di fallimento, vi è luogo a ritenere che siano stati soddisfatti (2).

9. Non si può *ex post factum* far risalire la cessazione dei pagamenti ad epoca remota, sotto il pretesto di una parità di trattamento di creditori, quando i fatti che si adducono non rappresentano che l'uso legittimo delle proprie risorse e dei propri beni per ovviare al pericolo di un disastro. Se i mezzi usati non sono rovinosi e fraudolenti, non si possono ledere, con la retrotrazione del fallimento, diritti legittimamente acquisiti da altri creditori più solleciti e vigilanti (3).

Art. 707.

Tutti gli atti e le operazioni del fallito e tutti i pagamenti da lui eseguiti dopo la sentenza dichiarativa del fallimento sono nulli di pieno diritto.

Sono anche nulli, rispetto alla massa dei creditori:

1° tutti gli atti e le alienazioni a titolo gratuito posteriori alla data della cessazione dei pagamenti;

2° i pagamenti di debiti non iscaduti fatti dopo la data suddetta,

(1) Corte di cassazione di Roma, 5 marzo 1885, Bertino c. Barni (*Annuario critico della giurisprudenza comm.*, III, n. 123).

(2) Corte d'appello di Torino, 26 maggio 1885, Fruttero c. Formento (*Annuario critico della giurisprudenza comm.*, III, n. 125).

(3) Corte d'appello di Genova, 17 dicembre 1886, Fallita Repetto c Dellepiane (*Annuario critico*, IV, n. 179).

tanto col mezzo di danaro, quanto per via di trapasso, vendita, compensazione o altrimenti.

Art. 708.

Tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni fatte in frode dei creditori, in qualunque tempo abbiano avuto luogo, devono essere annullati secondo le disposizioni dell'articolo 1235 del Codice civile.

Art. 709.

Si presumono fatti in frode dei creditori, e in mancanza della prova contraria sono annullati rispetto alla massa dei creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti:

1° tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni a titolo oneroso, quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito;

2° gli atti e i contratti commutativi in cui i valori dati o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassino notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso;

3° i pagamenti di debiti scaduti ed esigibili che non siano stati eseguiti con danaro o con effetti di commercio;

4° i pegni, le anticresi e le ipoteche costituite sui beni del debitore.

La stessa presunzione ha luogo per gli atti, i pagamenti e le alienazioni a qualunque titolo avvenuti nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione di fallimento, anche in difetto degli estremi sopra enunciati.

Art. 710.

Le inscrizioni ipotecarie prese in virtù di un titolo riconosciuto valido non sono comprese nelle disposizioni degli articoli precedenti, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento.

Art. 711.

Qualora dopo la cessazione dei pagamenti e prima della sentenza dichiarativa del fallimento siano state pagate cambiali, l'azione per la restituzione del danaro può promuoversi solamente contro l'ultimo obbligato in via di regresso, il quale avesse cognizione della cessazione dei pagamenti al tempo in cui venne tratta e girata la cambiale.

Art. 712.

Qualora il commerciante sia stato dichiarato fallito dopo la sua morte, o muoia dopo la dichiarazione del fallimento, il coniuge, i figli e gli eredi di lui possono presentarsi o farsi rappresentare per supplire il defunto nella formazione del bilancio, nell'esame dei libri e nella procedura del fallimento.

Sommario.

87. *Teorica degli atti nulli od annullabili nel giudizio di fallimento — Trattazione sistematica dell'argomento.*
88. § 1. *Scopi del legislatore nei suoi provvedimenti contro gli atti del fallito lesivi la massa.*
89. § 2. *I rimedi che secondo la legge comune e la legge del fallimento spettano ai creditori, sono esercitati esclusivamente dal curatore.*
90. § 3. *Divisione delle azioni spettanti alla massa in quattro categorie.*
91. § 4. *L'azione pauliana coordinata al giudizio di fallimento.*
92. § 5. *Le azioni conseguenti alla nullità di certi atti.*
93. § 6. *Le azioni di annullamento per frode presunta.*
94. § 7. *Le azioni di annullamento per frode sospetta.*
95. § 8. *Limitazione oggettiva e soggettiva degli atti nulli e annullabili.*
96. § 9. *Annullamento degli atti unicamente rispetto alla massa.*
97. *Chi rappresenti il curatore nelle cause d'impugnativa.*
98. *Intervento dei creditori nelle cause del fallimento.*
99. *Atti del fallito dichiarati nulli — Commento agli articoli* 707 *e* 708.
100. *Atti e operazioni presunti fraudolenti o sospetti di frode ed annullabili — Commento all'articolo* 709.
101. *Il diritto ipotecario nel giudizio di fallimento.*
102. *Commento dell'articolo* 710.
103. *L'articolo* 711.
104. *L'articolo* 712 — *Commento.*

87. TEORICA DEGLI ATTI NULLI ED ANNULLABILI NEL GIUDIZIO DI FALLIMENTO.

Al commento dell'articolo premetto la trattazione sistematica del gravissimo tema per dare una idea precisa del sistema ordinato dal legislatore. Tratterò, pertanto, in paragrafi successivi, i seguenti argomenti:

§ 1. *Scopi del legislatore nei suoi provvedimenti contro gli atti del fallito lesivi la massa.*

§ 2. *I rimedi, che secondo la legge del fallimento e la legge comune spettano ai creditori, sono esercitati esclusivamente dal curatore, nella rappresentanza della massa.*

§ 3. *Divisione delle azioni spettanti alla massa in quattro categorie.*

§ 4. *L'azione pauliana coordinata al giudizio di fallimento.*

§ 5. *Le azioni conseguenti alla nullità di certi atti.*

§ 6. *Le azioni di annullamento per frode presunta.*

§ 7. *Le azioni di annullamento per frode sospetta.*

§ 8. *Limitazione oggettiva e soggettiva degli atti nulli e annullabili.*

§ 9. *Annullamento degli atti unicamente rispetto alla massa.*

88. § 1. Il periodo critico o sospetto — che intercede dalla data della cessazione dei pagamenti alla dichiarazione del fallimento — non è una finzione giuridica, ma risponde alla realtà. In quel periodo si manifestano i sintomi precursori della catastrofe. E poichè il fallito è tuttavia a capo della sua azienda, con piena libertà di amministrare e disporre delle cose sue; è naturale che, dichiarato il fallimento, si verifichi un conflitto tra la massa, interessata ad impugnare ogni atto, che, sorto in quel periodo, violi comunque la parità di condizione dei creditori; ed i terzi contraenti col fallito, turbati nei loro diritti dall'applicazione, spesso inattesa, della legge del sospetto. È còmpito del legislatore conciliare gli opposti interessi, tenendo presente i due scopi ai quali, sostanzialmente, mirano i provvedimenti legali sugli atti messi in essere dal fallito durante il periodo critico. E sono:

a) Di facilitare l'annientamento di certi atti compiti dal fallito dopo la cessazione dei pagamenti. I quali atti, sebbene per l'indole loro sieno soggetti all'azione pauliana, tuttavia: o sono senz'altro dichiarati nulli, e non semplicemente revocabili: oppure sono presunti fraudolenti, invertendosi l'onere della prova, la quale, incombe, per ciò, al terzo che sostiene la validità dell'atto, non alla massa che lo impugna;

b) Di eguagliare la condizione dei creditori fin dal momento in cui si verifica lo stato di fallimento, malgrado gli atti volontari che il fallito abbia compiuti nel periodo critico. — Questi atti non sarebbero soggetti alla pauliana; tuttavia sono colpiti dal legislatore, perchè: o manifestano, o fanno presumere, la intenzione del fallito di distruggere, con indebite preferenze, la eguaglianza dei creditori, favorendone alcuno a danno degli altri.

Le norme regolatrici la materia in esame hanno, dunque, due precisi obbiettivi: la *frode* generica, propria della pauliana; e la *indebita preferenza*, e cioè la frode speciale del fallimento.

I rimedi, però, concessi dalla legge del fallimento non escludono l'uso del rimedio ordinario dell'azione rivocatoria (art. 708 Cod. comm., art. 1235 Cod. civ.). La quale riuscirà vantaggiosa alla massa tanto allora che l'atto impugnato è anteriore alla data della cessazione dei pagamenti, o anteriore al triennio dalla dichiarazione del fallimento, a cui può farsi risalire quella data (art. 704 Cod. comm.); quanto allora che gli estremi della pauliana sono più favorevoli ai creditori, come nella ipotesi che il terzo conoscesse bensì la insolvibilità del fallito, ma non la cessazione effettiva dei suoi pagamenti.

89. § 2. Qualunque azione di impugnativa da spiegarsi contro gli atti del debitore lesivi i diritti dei creditori, non può esercitarsi che dalla massa, e, per essa, dal curatore.

Nella procedura di fallimento, il creditore singolo non ha l'esercizio delle azioni che si spiegano nell'interesse della collettività. Chi tutela le ragioni della comunione è il curatore, sotto la vigilanza del giudice delegato. Dunque, anche l'azione pauliana è esercitata dalla massa, sebbene l'atto impugnato risalga ad epoca anteriore alla cessazione dei pagamenti. L'art. 708, dichiarando che gli atti fraudolenti del fallito sono annullati *secondo le disposizioni dell'articolo* 1235 *del Codice civile*, volle eliminare il dubbio che le cause di annullamento proprie del giudizio di fallimento avessero sostituito il rimedio ordinario della rivocatoria. Ma la coesistenza dei rimedi lascia intatto il principio che le ragioni della massa sono tutelate esclusivamente da chi la rappresenta. Se anche l'atto impugnato è anteriore allo stato di fallimento, non è men vero che il valore distratto, e poi rimesso, profitta a tutti i creditori, e non a quelli soltanto che esistevano al momento in cui l'atto fu compiuto. Il *jus paris conditionis*, che presiede il fallimento, lo esige. D'onde l'interesse sempre immanente della

massa di procedere. Il creditore, se pur agisse di sua iniziativa, sarebbe sempre un gestore della collettività; e, per conseguenza, la sentenza di rivocazione di qualche atto del debitore, che avesse ottenuta *prima* della dichiarazione del fallimento, profitterebbe alla massa. — Ma, durante il fallimento, ogni iniziativa giudiziale, nel comune interesse, gli è tolta. La sentenza che gli emana deve avere influenza per tutti i creditori; e tale influenza le mancherebbe, se fosse pronunciata nel contradditorio di qualche creditore, e non del curatore. Il creditore sorvegli la gestione; ecciti il curatore ad agire, anche reclamando alla delegazione dei creditori, al giudice delegato e perfino all'assemblea dei creditori. Ma non si arroghi una facoltà, esclusa dalla esistenza del fallimento. Al più potrà discutersi se, con certe condizioni e limitazioni, debba ammettersi pei creditori il diritto di intervento nelle liti nelle quali è parte il curatore, allo scopo di coadiuvarne l'assunto. Ma di ciò si terrà parola nello svolgimento speciale del tema.

Da questa unità di interessi e di rappresentanza si trae una ulteriore conseguenza per l'esercizio della pauliana. Ed è: che, nel giudizio di fallimento, non è necessario stabilire che il credito leso è anteriore all'atto impugnato. Tale prova è indispensabile nell'esercizio ordinario dell'azione revocatoria, perchè il creditore posteriore all'atto fraudolento non potè fare assegnamento su beni già sottratti al patrimonio del debitore allorchè corse la fede di costui; amenochè non provi che i creditori anteriori furono pagati a sue spese, nel qual caso li surrogherebbe. Ma la prova è inutile nel giudizio di fallimento, in cui l'azione si esercita dai creditori collettivamente; e il danno, risentito da taluno di essi per l'atto fraudolento, si ripercuote sugli altri, poichè il valore ricuperato si devolve a profitto della massa, e, quindi, la sua mancanza è pregiudicevole a tutti i creditori.

—

90. § 3. Il diritto di impugnativa, che si esercita dal curatore nell'interesse dei creditori, è garantito dalla legge; è fondato o sulla nullità o sulla impugnabilità di un atto del debitore; ed ha lo scopo o di far ritornare alla massa ciò che un terzo ha ottenuto dal patrimonio del fallito a danno dei creditori, o, se l'operazione è tuttavia pendente, di far dichiarare che il terzo non ha diritti da far valere in confronto della massa in base ad un atto conchiuso dal debitore, 1 che è nullo od annullabile nell'interesse dei creditori. Questo diritto può esercitarsi in via di azione o di eccezione. Più comunemente si esercita a mezzo di azione.

Le azioni concesse alla massa per distruggere gli effetti dei contratti e degli atti del fallito, fraudolenti o lesivi l'eguaglianza dei creditori, possono dividersi in quattro categorie, avuto riguardo alla diversa loro indole, ai diversi periodi del fallimento a cui si riferiscono, e ai requisiti richiesti per il loro esercizio. Esaminiamole partitamente.

91. § 4. *a) L'azione pauliana, coordinata al giudizio di fallimento.* — Il debitore — anche in epoca anteriore alla cessazione dei pagamenti — sapendo di essere insolvente, o di divenirlo per l'atto che compie, diminuisce il suo patrimonio con un atto volontario che reca pregiudizio ai suoi creditori. L'atto deve essere effettivo, e, cioè, deve rappresentare la vera intenzione delle parti. Un atto simulato non si revoca, se la simulazione è dimostrabile.

La massa chiede la revoca dell'atto fraudolento, all'effetto di reintegrare il patrimonio del valore sottratto. Lo stato di fallimento agevola la prova degli estremi necessari all'esercizio dell'azione pauliana.

I quali estremi sono:

1° Un atto volontario del debitore (*gestum*), positivo o negativo, a titolo gratuito od oneroso, con cui il debitore diminuisce il suo patrimonio; o ne modifica

svantaggiosamente la condizione (concedendo, ad esempio, garanzie a creditori, i quali, pel loro titolo originario, non aveano diritto di ottenerle); o non profitta dei mezzi legali che gli si offrono per accrescerlo (art. 1235, 680, 949, 1422, 2112 Codice civile), giacchè, anche in questa ipotesi, i creditori ottengono un minimo soddisfacimento delle loro pretese.

2° Il *consilium fraudandi;* il quale non consiste nel proposito deliberato del debitore di nuocere ai suoi creditori; bensì nella previsione necessaria del nocumento. Non si richiede, pertanto, il *dolo*, cioè la *intenzione* diretta di danneggiare i creditori; bensì la *coscienza*, esistente al momento in cui l'atto si compie, del suo effetto pregiudicevole, necessario o almeno probabile secondo il corso ordinario delle cose. " Chi sa che da un suo atto verrà un dato effetto, e tuttavia fa l'atto, vuole anche l'effetto ". La mera *possibilità* del nocumento non basta, perchè da questa possibilità possa trarsi la sicura illazione della esistenza della volontà di danneggiare i creditori.

La prova di questo elemento psicologico, e quindi occulto, non potrà darsi che in modo indiretto, con indizi e gravi congetture.

3° Il pregiudizio recato ai creditori (*eventus damni*). Nel giudizio di fallimento non è necessario dimostrare che i beni rimasti al debitore sono insufficienti a soddisfare la massa. La cessazione dei pagamenti fa presumere senz'altro la insolvibilità quale causa determinante. Dunque basta provare che l'atto impugnato è pregiudicevole alla massa, avendo aggravata la condizione di insolvenza del fallito. — Spetta a chi sostiene la validità dell'atto, dimostrare che il patrimonio del fallito offre il completo soddisfacimento dei creditori concorrenti. Se questa prova riesce (la ipotesi è più astratta, che di possibile verificazione), l'impugnativa non ha più ragione di essere.

Del pari è inapplicabile nel giudizio di fallimento il principio per cui l'azione pauliana è paralizzata, se il creditore, che la spiega, è soddisfatto. La massa intera è danneggiata. Quindi, è nei limiti del suo diritto *restitutionem fieri oportere in pristinum statum, cum omni causa.*

Se l'atto, che s'impugna, è bilaterale, il dolo del terzo risiede nella sua consapevolezza della intenzione fraudolenta di colui col quale contratta (*scientia fraudis*). E poichè questa intenzione risulta dalla coscienza che ha il debitore delle conseguenze pregiudicievoli, necessarie o probabili, dell'atto che compie — è la consapevolezza di quella intenzione che costituisce appunto la frode del terzo. Il quale — prendendo parte ad un atto, che o diminuisce o modifica svantaggiosamente il patrimonio dell'altro contraente partecipa, quale complice necessario, alla consumazione di un atto pregiudicevole ai creditori del suo contraente.

Cosicchè, quando si tratta di applicare la pauliana nel giudizio di fallimento, la massa deve provare soltanto: la *esistenza* di un atto volontario del comune debitore, da lui compito con la *coscienza* del suo effetto dannoso pei creditori in genere, e, cioè, per la massa. E, negli atti bilaterali deve passare: la *consapevolezza del terzo* della insolvibilità del fallito, e il *pregiudizio* che la massa risentì dall'atto compito; il qual pregiudizio, nella maggior parte dei casi, risulta senz'altro dalla natura, e dalle modalità, e dalle condizioni dell'atto medesimo.

92. § 5. *b*) *Le azioni conseguenti alla nullità di certi atti.* — L'esercizio di queste azioni riflette due periodi distinti: — quello posteriore alla dichiarazione del fallimento; — e quello anteriore, dalla cessazione dei pagamenti alla dichiarazione del fallimento.

Dopo la dichiarazione del fallimento, il fallito perde l'amministrazione dei suoi beni presenti e futuri (art. 699). Quindi, ogni suo atto che abbia influenza sulla condizione di questi beni è colpito di nullità, nell'interesse, e quindi nei riguardi soltanto, dei suoi creditori. Giustifica la misura il bisogno

che rimanga inalterata la sostanza, che è il pegno comune, vincolato ai creditori esistenti al momento della dichiarazione del fallimento. La comminatoria di nullità di ogni atto del fallito assicura i creditori che nè il passivo potrà accrescersi, nè l'attivo diminuirsi, nè alcuno potrà conseguire una posizione privilegiata a danno degli altri. Il fallito rimarrà però obbligato per gli atti da lui compiuti, anche dopo la dichiarazione del fallimento, perchè la sua capacità giuridica è intatta; ma la rispondenza degli obblighi da lui assunti non deve mai pregiudicare i diritti della massa. La dizione della legge — che parla di atti *nulli di pieno diritto* — apparisce pertanto scorretta. Il legame grammaticale e logico del primo e secondo alinea dell'art. 707 lo chiarisce; perchè, nel secondo, si parla appunto soltanto di nullità, e rispetto alla massa dei creditori. In altra occasione lo abbiamo dimostrato. Il significato che deve, adunque, attribuirsi a quella formula non può essere che questo: l'atto è per la massa giuridicamente inesistente; non crea, per essa, uno *stato giuridico*, contro cui debba esperire il rimedio legale dell'annullamento per toglierlo di mezzo; ma, per quell'atto, esiste un mero *stato di fatto*, che la massa rimette in pristino, rivendicando dal terzo, senz'altro, il valore distratto.

Nel secondo periodo, quello critico, la nullità colpisce atti che sarebbero soggetti all'azione pauliana. Senonchè, mentre pel diritto comune sarebbero soltanto *revocabili;* per la legge del fallimento sono *nulli*, vuoi per la natura loro, vuoi pel tempo in cui furono messi in essere, senza riguardo alcuno alla possibile buona fede e ai rapporti personali dei contraenti (articolo 707, n. 1 e 2). Quindi, l'azione di rivendica, conseguente alla nullità dell'atto di trasferimento, è — a differenza della pauliana, azione personale — esercibile anche contro gli acquirenti mediati o immediati dal primo, senza tener calcolo della loro buona fede e del carattere oneroso o lucrativo dell'acquisto. — Non dovendo però la massa arricchire a danno del terzo, così, chi ha ricevuto il pagamento di un suo credito non ancora scaduto (art. 707, n. 2), ritorna, dopo la restituzione della somma riscossa dal fallito, creditore, a parità di condizione degli altri.

93. § 6. *c) Le azioni di annullamento per frode presunta.* — Certi atti compiti dal fallito nel periodo critico del fallimento, quando sono pregiudicevoli ai creditori, fanno presumere, per la natura loro intrinseca, la frode speciale del fallimento, e cioè il proposito del fallito di usare una indebita preferenza a qualche creditore a danno degli altri (contratti commutativi con sproporzione notevole fra il dato e il ricevuto; pagamento di debiti pecuniari scaduti, non eseguiti con denaro o coi suoi surrogati; concessione di ipoteche o di pegni a garanzia di debiti preesistenti — art. 709, n. 2, 3, 4). La massa impugna l'atto. Non deve dare la prova del consiglio fraudolento del fallito e della partecipazione del terzo. *Fraus inest in re.* Se il terzo intende liberarsi dalla presunzione a lui contraria, deve dare la prova che egli non conosceva, nè per la natura dell'atto poteva arguire, lo stato di cessazione dei pagamenti del suo contraente; e, nella ipotesi dell'articolo 705, deve provare che egli ignorava che il fallito faceva fronte ai pagamenti usando di mezzi rovinosi e fraudolenti.

L'azione di annullamento per frode presunta si può esercitare inoltre dalla massa per impugnare tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni, a qualunque titolo avvenute, nei dieci giorni anteriori alla dichiarazione del fallimento (art. 709, ult. al.). La vicinanza di questi atti alla dichiarazione del fallimento fa presumere la consapevolezza da parte del terzo del disordine economico di colui col quale ha contratto. Non è la natura dell'atto compiuto, ma il periodo criticissimo in cui si compie, che lo fa rite-

nere, senz'altro, diretto a ledere la parità di trattamento dei creditori.

La razionalità del precetto è dubbia.

Abolito il periodo dei dieci giorni, anteriore alla cessazione dei pagamenti, a cui, pel Codice precedente, si retrotraevano gli effetti del fallimento; non vi era plausibile motivo per conservarlo pei dieci giorni anteriori alla dichiarazione del fallimento. Se questo è prodotto da avvenimenti fortuiti, inopinati — come la sommersione della nave che trasporta le merci; lo sciopero degli operai di uno stabilimento industriale; il fallimento del banchiere depositario dei capitali — e la crisi non può essere scongiurata, la dichiarazione di fallimento può coincidere con la cessazione dei pagamenti, e quindi ripetersi gli inconvenienti già lamentati, per cui è turbata la tranquillità di contrattazioni, normalmente compiute, dalla legge del sospetto.

94. § 7. *d*) *Le azioni di annullamento per frode sospetta.* — L'esperimento di questa azione è basato sulla prova, da fornirsi dalla massa, che il terzo conosceva che il suo contraente era in istato di cessazione dei pagamenti (art. 709, n. 1).

La prova dell'elemento soggettivo è il fondamento di questa azione. La mira del terzo di sottrarsi, con la cooperazione del fallito, alla dura ma inesorabile legge dell'eguaglianza dei creditori, non si presume. L'atto in sè non rivela frode; ma l'epoca in cui avviene, e il pregiudizio che i creditori ne risentirono, la fanno sospettare. Il terzo, ad esempio, ricevette il pagamento di un debito scaduto dopo la cessazione dei pagamenti del debitore. *Suum recipit.* La pauliana non lo colpirebbe. Ma lo colpisce la legge del fallimento " ispirata al sentimento giuridico più delicato dei giorni nostri „. — Se, pertanto, la massa può provare che egli sapeva che il debitore era cessante dei pagamenti, o che li continuava con mezzi rovinosi, impugna il pagamento a lui fatto e lo fa annullare, giacchè egli non poteva *scientemente*, e con la cooperazione del fallito, ledere comunque la eguaglianza dei creditori.

95. § 8. La indicazione degli atti, o nulli, o annullabili, fatta dal Codice è limitativa, tassativa. Ogni norma che colpisce di inefficacia atti liberamente conchiusi, è di stretta, rigorosa interpretazione.

Nei riguardi *oggettivi*, pertanto, la enumerazione non potrà estendersi ad atti analoghi a quelli indicati. Se il debitore, già cessante, deve consegnare una merce, e la consegna, *paga*, adempiendo la obbligazione nel preciso modo originariamente pattuito. Ma tale pagamento, fatto al creditore, che non conosce la cessazione dei pagamenti (art. 709, n. 1), è valido, anche se la consegna si effettua prima della scadenza, perchè la legge letteralmente contempla il solo pagamento anticipato di debiti pecuniari (articolo 707, n. 2). Perchè tale anticipata consegna potesse impugnarsi, dovrebbero ricorrere gli estremi della pauliana (art. 708).

Nei riguardi *soggettivi*, la ipotesi della legge è sempre questa: che il terzo cooperi, con la propria complicità necessaria, a realizzare il proposito del fallito di usargli una indebita preferenza. Quindi, la sola conoscenza che ha il terzo del disordine economico del fallito non basta a invalidare l'atto unilaterale da lui compiuto per farsi pagare (atti esecutivi; ipoteca giudiziale, ecc.). La legge colpisce gli atti volontari di alienazione e di obbligazione, posti in essere dal debitore con la connivenza del terzo. Sicchè, quando non intervengono la volontà e il fatto del fallito per favorire un creditore, l'operato di costui sfugge alle sanzioni del Codice. È per l'Ordinanza germanica (§ 28) che (con provvido consiglio) gli atti esecutivi sono pareggiati agli atti volontari; perchè quella legge considera lo *scopo* che egualmente si raggiunge; non la *volontarietà* volontarietà dell'atto da parte del fallito, come fa il Codice nostro. Certo, proposito

del creditore è di procurarsi con l'uso degli atti giudiziali una posizione privilegiata. Ma poichè egli non è obbligato a far dichiarare il fallimento del debitore, non fa ingiuria ad alcuno usando del proprio diritto di ottenere, con mezzi legali, il soddisfacimento di quanto gli è dovuto. — Alla obbiezione che il fallito, con la sua pensata inazione, o col non far dichiarare il proprio fallimento, favorisce il creditore — si risponde: che la frode risiede in un atto volontario, positivo o negativo, e quindi anche in un atto premeditato di omissione. Se, quindi, potrà provarsi la frode del debitore, o, peggio, la sua collusione col creditore, per fargli conseguire con gli atti giudiziali quello, che con atti volontari non potrebbe validamente concedergli, la sentenza, frutto della frode, potrà impugnarsi; quantunque le garanzie d'un pubblico giudizio, se *a priori* non escludono la possibilità di una manovra fraudolenta, inducono però una forte presunzione contraria.

96. § 9. Si è già rilevato al § 5 che le nullità degli atti e delle operazioni del fallito contemplate nell'art. 707, sono, senza distinzione, sancite rispetto alla massa dei creditori soltanto. Lo stesso si verifica per gli atti impugnabili. Cosicchè i primi sono nulli, i secondi annullabili solo in confronto dei creditori. L'atto mantiene la sua efficacia tra il fallito e l'altra parte, contraente o interessata nell'atto. La sentenza, che pronuncia l'annullamento, non svincola il fallito dalla sua responsabilità giuridica derivante dall'atto, rimasto per lui efficace. Ciò deriva e dall'effetto relativo dell'annullamento, e dalla qualità specifica che assume il curatore nelle cause del fallimento.

Il risultato pratico della impugnativa è questo: che la condizione giuridica esistente anteriormente all'atto nullo o annullato è ripristinata, come se l'atto non avesse avuto luogo. La cosa distrutta o il suo valore rientra nel patrimonio del fallito pel soddisfacimento dei creditori. Però, per quanto riflette l'estensione dell'obbligo della restituzione, si ha riguardo alla buona o mala fede dell'obbligato; alla naturale dell'atto giuridico, bilaterale o unilaterale, col quale si è trasferito l'oggetto; alla qualità della persona, contro cui l'impugnativa è spiegata, se essa, cioè, è il diretto contraente col fallito o un suo successore. La teorica in proposito richiede un particolare sviluppo, che più innanzi sarà fatto.

97. *Chi rappresenti il curatore nelle cause d'impugnativa.* — Comunque dichiarati nulli od annullati gli atti e le operazioni del fallito, in frode di creditori od in favore di uno solo di essi, e ripristinata la condizione giuridica esistente anteriormente a tali atti ed operazioni, nel corso della causa sollevata dai creditori contro il fallito il curatore rappresenta la massa dei creditori. La frode colpisce gli atti del fallito perpetrati in danno dei propri creditori è opposta dai creditori e per essi dal curatore per la evidente ragione che egli dovendo, nell'interesse dell'amministrazione del fallimento, curare la conservazione e la liquidazione dei beni del fallito e la ripartizione di essi fra i creditori, deve anche allontanare ed opporsi a tutte quelle operazioni, da parte del fallito, che possano diminuire in qualche modo ingiustamente il patrimonio di costui ripartibile fra i creditori. Il Vidari (1) su questo opina che nelle cause d'impugnativa anche quando il fallito abbia pagato dei debiti scaduti ed esigibili, sebbene con danari o con effetti di commercio, " questi pagamenti potranno essere annullati per frode, se il curatore, nell'interesse della massa, proverà che chi ricevette sapeva dello stato di fallimento di chi pagò ". Di tale opinione è pure il Calamandrei (2),

(1) *Corso di diritto commerciale*, vol. VIII, § 4502, pag. 320. 1886, Hoepli.

(2) *Del fallimento*, vol. I, pag. 188, § 212. Torino, 1883.

il quale, basandosi sul fatto che la Commissione per gli studi dell'attuale Codice di commercio respinse la proposta avanzata circa la presunzione di prova, sostiene che non è " necessario che il curatore provi, come per gli atti e le alienazioni .... che il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti ".

98. *Intervento dei creditori nelle cause del fallimento.* — I creditori, i cui diritti siano lesi o per la non sufficiente retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti fissata dal tribunale, o quelli che, invece, intendano che tale data sia portata più innanzi, intervengono, in contraddittorio del curatore, nella udienza fissata dal tribunale per la discussione delle contestazioni sulla verificazione dei crediti (art. 706). Ma i creditori possono, oltre che per la facoltà loro accordata dall'art. 706, intervenire in causa contro il curatore in di lui contraddittorio, quindi, dopo della definitiva costituzione della massa e della fissazione della data in cui devono intendersi cessati i pagamenti da parte dell'attuale fallito, quando non essendo state accettate le loro ragioni di credito insieme a quelle dei creditori formanti la massa, si presentano, valendosi delle azioni nascenti dai loro diritti verso l'attuale fallito, contro la massa dei creditori per aver soddisfazione alle loro ragioni di credito. Questo intervento dei creditori nelle cause del fallimento può avere la sua logica ragione tanto anteriormente alla dichiarazione della fallita ed alla fissazione della data di cessato pagamento, quanto posteriormente a questi fatti; però è a notarsi, che, posteriormente, l'intervento del creditore, che siasi costituito in simile condizione di fronte al fallito, può essere giustificato in due differenti modi: o l'atto, cioè, per il quale il creditore interviene è nullo a mente dell'art. 707, ed allora l'intervento non può avere nessun esito, giacchè manca la base di diritto alla sussistibilità dell'atto; o l'atto, invece, è annullabile ed allora, in contraddittorio del curatore il quale dovrà provare la frode dell'interveniente creditore, questi sosterrà la buona ragione del suo credito ed il diritto di veder tutelato il proprio interesse anche di fronte alla massa degli altri creditori. Si capisce, quindi, come questo intervento abbia la sua ragione in una contrarietà d'interessi, sia che il rapporto da cui l'interesse deriva si stabilisca anteriormente alla costituzione della massa dei creditori e l'interveniente tenda a farsi comprendere, o per retrotrazione della data, o per contestazione nella verificazione dei crediti, nella massa dei creditori, sia che questo interesse derivi dai rapporti tra fallito e creditore interveniente, costituitisi posteriormente alla convalidazione della sentenza a mente dell'art. 706, e suscettibili di nullità o di annullamento secondo il disposto degli art. 707, 708, 709. Sicchè per questo il creditore non compreso nella massa, il quale vanti una ragione di credito garantita da un'iscrizione ipotecaria presa validamente ed anteriormente alla dichiarazione di fallimento ma nei limiti fissati dall'art. 710, potrà sempre intervenire nelle cause di questo: e qualunque altro creditore può, altresì, intervenire quando debba tutelare i proprii diritti contro la massa dei creditori, della quale egli non faccia parte, e tali diritti siano nati *de aequo* dai rapporti suoi coll'attuale fallito.

99. *Atti del fallito dichiarati nulli. — Commento agli art.* 707 *e* 708. — L'art. 707 fissa la nullità assoluta obbiettiva di tutti quegli atti che il fallito abbia fatti dopo la sentenza dichiarativa del di lui fallimento.

Il principio logico da cui discende la disposizione dell'articolo 707 riesce facile a scoprire dalla sola considerazione che, avvenuta la dichiarazione di fallimento per sentenza dell'autorità giudiziaria, il fallito, rispetto ai propri beni, rimane spoglio di qualsiasi disponibilità, perchè essi diventano, per così dire, il *patrimonium juris et facti* della massa dei creditori, e, per una

fondatissima presunzione *juris et de jure*, sopravvenuta la sentenza che dichiara il fallimento, alla autorità giudiziaria non rimane che pronunziare la nullità senza indagare se esista negli atti in disamina la frode.

Ma il primo capoverso dell'art. 707 fissa una nullità assoluta e necessaria, cioè *adversus omnes;* sicchè può sembrare una decisione di estremo diritto, ingiuriosa di spesso a quel criterio di equità che deve guidare le formule della legge; del che la Commissione per gli studi del Codice di commercio dà una valida giustificazione, basandola sulla opportunità di ritenere sempre nulli, pella accennata piena presunzione di frode, esclusa qualsiasi prova contraria di buona fede, gli atti tutti che dopo la dichiarazione di fallita vengano fatti dal fattito stesso (1).

Il Codice cessato di commercio, il Codice francese, il belga, lo spagnuolo, il portoghese, la legge inglese sul fallimento (1884) e nessuno degli altri Codici contengono una disposizione tanto categorica come quella ora in esame dell'attuale Codice di commercio. Il quale viene a stabilire in questo articolo e negli articoli seguenti tre sorta di nullità: la nullità necessaria assoluta; la nullità necessaria relativa: ambedue queste stabilite dall'articolo in esame; la nullità facoltativa ossia sottomessa, nel suo divenire, a speciali estremi che le dànno, più che altro, carattere di annullabilità, come è quella dei casi contemplati all'art. 708; e infine, la nullità facoltativa dipendente da una presunzione *juris tantum* e che ammette, però, prova contraria alla frodolenza, ciò che è stabilito per l'art. 709.

Dunque, come si discorreva più addietro, la nullità sancita all'art. 707, partendo da una presunzione inoppugnabile *juris et de jure* si dirige prima a tutti gli atti che, non ostante l'atto giudiziario della sentenza dichiarativa di fallimento, che per il fallito è una vera e propria interdizione, furono fatti dallo stesso fallito, qualunque siane il titolo o la qualità, è tale nullità la quale, per avere sicuro effetto giuridico di fronte a chiunque, non ha d'uopo che della pronunciazione sua da parte del giudice, che solo deve esaminare la data attribuita od attribuibile a tali atti per applicare il disposto dell'art. 707, primo alinea. Nè varrà che chi ebbe a contrarre tali atti col fallito opponga la propria buona fede e la sua captazione perpetrata a di lui danno dal fallito; nè varrà altresì che si opponga la avvenuta traslazione della cosa dal primo acquirente ad altri aventi causa da lui; giacchè la nullità perseguitando, per così dire, l'effetto della avvenuta alienazione, effetto che fu quello di diminuire il patrimonio destinato al pagamento delle ragioni di credito della massa dei creditori, e questo effetto perdurando sia la cosa fra mano del primo acquirente o de' suoi aventi causa, mentre la legge mira ad una *restitutio in integrum*, si viene con ciò a giustificare la persecuzione della cosa in mano di chiunque.

Ma la dicitura della legge all'articolo 707 può ingenerare una esagerazione che non fu certo mai nella mente del legislatore: ossia; perchè vi si parla di nullità necessaria assoluta che colpisce *tutti* gli atti ed operazioni del fallito e *tutti* i pagamenti da questo fatti dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, non vi sarà alcuna limitazione di cui infrenare questa totalità di atti di operazioni di pagamenti? Certo che sì; ed a ciò ampiamente provvede l'art. 699, esaminato a suo tempo, il quale lascia scorgere come le disposizioni e gli aggravamenti di legge che saranno contro il fallito sanciti per la giudiziale dichiarazione di fallimento, unicamente lo colpiranno nella amministrazione e disponibilità dei suoi beni e di quelli che a lui possano pervenire

(1) Cfr. *Relazione della Commissione alla Camera dei deputati*, pag. 90.

durante lo stato di fallimento (1). Però vi sono atti i quali anche di fronte all'amministrazione dei beni suoi, presenti, del fallito, non possono essere nulli, perchè incapaci di arrecare una qualsiasi diminuzione al patrimonio: e questi atti od operazioni sono quelle che tendono ad accrescere, mediante guadagni, l'attivo patrimoniale del fallito. Devesi quindi, intendere che la nullità dell'articolo 707 è diretta solo contro le diminuzioni che l'amministrazione da parte del fallito de' suoi beni può arrecare alla massa patrimoniale.

Il principio assoluto del primo alinea dell'art. 707, soffre bentosto una limitazione, nel prosieguo dello stesso articolo, riguardo alla nullità *adversus omnes*. In aggiunta a quella totalità di atti di che parla nel suo inizio l'articolo in esame, il legislatore dichiara *anche nulli rispetto alla massa dei creditori* tutti gli atti e le alienazioni a titolo gratuito posteriori alla data della cessazione dei pagamenti, non che i pagamenti di debiti non iscaduti fatti dopo la suddetta data, tanto col mezzo di danaro quanto per via di trapasso, vendita, compensazione o altrimenti. Si ricava dal confronto del disforme contesto dell'articolo 707, che esso articolo anzitutto per l'assoluta e necessaria nullità comminata dal suo primo alinea, non fa distinzione di sorta circa la qualità degli atti; sieno essi gratuiti od onerosi sono nulli sempre ed assolutamente; ma poi, riducendo a carattere di relatività la necessaria nullità che così il legislatore impone, accresce l'estensione del tempo entro cui può aver efficacia la nullità e, nello stesso tempo, limita la prisca totalità ad una sola categoria di atti a quella degli atti gratuiti. Ed è ciò troppo logico; che colui il quale, senza alcun correspettivo da parte sua, *lucrum fecit* con evidente danno dei diritti dei creditori, per quanto ancora non fosse dichiarato il fallimento, debba reintegrare il patrimonio del fallito di quello che egli *lucrandi causa* si prestò a sottrarvi.

La locuzione usata dal legislatore del 1882 è più comprensiva di quello che fosse la locuzione dell'articolo 555 del cessato Codice; perchè ivi si parlava con precisione di atti *traslativi di proprietà a titolo gratuito;* limitando, forse inavvertitamente, la nullità a quei soli atti che realmente dalla proprietà del fallito trasportavano una cosa in proprietà del donatario: mentre poi, nei fatti, molti atti che sono vere e proprie liberalità, donazioni, non trasmettono a niun conto la proprietà di cose d'uno in altro titolare. Tuttavia, riguardo alla totalità degli atti che entrano nelle disposizioni dell'intero articolo 707, sembra a noi che non si possa comprendervi una specie di atto che non fa luogo ad alcuna reale diminuzione del patrimonio del fallito come a nessun aumento; ossia la permuta, la quale, perfezionandosi per un cambio di cose, non viene per verità a nuocere alla entità economica del patrimonio, epperò non potrebbe, ragionevolmente, essere colpita di nullità; e ciò sempre quando le due cose che si barattano si equivalgano completamente, e se alcuna aggiunta vi si fece questa sia avvenuta a vantaggio del contraente fallito. Si deve poi intendere che la presunzione *juris et de jure* di frodolenza in simili atti, colpisce particolarmente il fallito che non può essere supposto ignaro delle proprie condizioni finanziarie, e, quindi, si ha come intinta di mala fede ogni sua sottrazione di patrimonio in danno dei suoi creditori (2). Noi non accenniamo che di passaggio una questione, variamente risolta dai giuristi riguardo al carattere che può avere la costituzione di dote fatta dal fallito; se essa avvenne dopo la sentenza dichiarativa di fallimento entra in-

(1) Una concorde giurisprudenza, troppo nota a chiunque perchè noi ne diamo le numeriche e cronologiche indicazioni, afforza, con la autorità dei propri dettati, la mente ascosa del legislatore.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 156, § 135; BOULAY-PATY, op. cit., n. 197.

dubbiamente nella nullità del primo alinea dell'articolo 707, come alienazione; se avvenne prima di tale sentenza, ma dopo la data della cessazione dei pagamenti, sarà ugualmente nulla, perchè la costituzione di dote non dando a colui il quale la costituisce alcun relativo compenso, non può figurare che come una liberalità sua (1); la giustificazione, da ultimo, della disposizione dell'art. 707, primo numero, sulla posteriorità della data della cessazione dei pagamenti, è data da queste parole della Commissione per gli studi preparatori del Codice di commercio: " Lo stato reale di fallimento deriva dalla cessazione dei pagamenti, e può quindi essere anteriore alla dichiarazione giudiziale da cui è costituito legalmente „; parole che trovano la loro sanzione nel dettato dell'art. 683 del Codice dove si dice che " il commerciante che cessa dal fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in istato di fallimento „. Nè soltanto dopo la cessazione dei pagamenti sono nulli assolutamente gli atti tutti e le operazioni a titolo gratuito, ma ancora quei pagamenti di debiti fatti sia con denaro che per via di trapasso, di compensazione od in altro modo debiti che non essendo anco scaduti, fanno assumere a quel pagamento anticipato il carattere deciso di una liberalità ingiustificata di cui il fallito gratifica quei determinati creditori: costoro, come vedremo, potranno, al caso, restituita che abbiano la somma o l'oggetto avuto in pagamento, chiedere l'ammessione del loro credito alla massa dei creditori.

Riguardo alla compensazione di cui si parla nell'articolo che esaminiamo, si deve intendere non essere quella regolata dalle disposizioni dell'art. 1287 del Codice civile tra due debiti ugualmente liquidi ed esigibili, ma di una qualsiasi compensazione contrattuale intesa a liberare i contraenti da una reciproca obbligazione.

Notiamo da ultimo che la nullità relativa necessaria, giovando solo alla massa dei creditori, deve essere da questi opposta, per mezzo del curatore del fallimento (2); e qualora tale opposizione non avvenga prima della chiusura di concorso, perchè qui si tratta di nullità relativa (3), si deve intendere che la massa dei creditori preferisse abbandonare questi suoi diritti valendosi solamente dei vantaggi che le assicura la nullità necessaria, assoluta, opposta in quel termine che è stabilito dalle disposizioni dell'art. 1300 del Codice civile (cinque anni cominciando dal giorno in cui la temporanea inabilitazione del fallito cessò per la chiusura del fallimento).

L'art. 1235 del Codice civile stabilisce che i creditori possono impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni. Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare da parte d'ambidue i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito basta che la frode sia avvenuta per parte del debitore. In ogni caso, però, la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi, non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione. Ora l'art. 708 del Codice di commercio dispone che tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni avvenute in frode dei creditori, in qualunque tempo abbiano avuto luogo, devono essere annullati secondo le disposizioni dell'art. 1235 del Codice civile.

Si palesa subitamente una certa contraddizione, apparente però, tra questi due

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pandecten*, II, § 463; SCHÖNEMANN, *Die Paulianische Klage*, § 19, pag. 39 e 40; REINHART, *Die Anfechtungs Klage wegen Verkürzung der Gläubiger*, pag. 110; MAIERINI, *Della revoca*, ecc., pag. 72; CALAMANDREI, op. e vol. citati, pag. 157; VIDARI, op. e vol. citati.

(2) Cassaz. di Torino, *Legge*, I, 1873, pag. 534; MAIERINI, *Della revoca degli Atti fraudolenti*, n. 109; CALAMANDREI, op. e vol. cit., pag. 153.

(3) WILMOWSKI, *Deutsche Reichs Konkursordnung*, pag. 34.

articoli, di cui uno è complemento dell'altro; e diciamo apparente contraddizione, perchè l'articolo del Codice civile assicura una facoltà soltanto ai defraudati creditori, laddove l'articolo del Codice di commercio pare crei un obbligo imprescindibile; e di qui è la contraddizione e di qui la sua parvenza. Chè il Codice di commercio nell'art. 708 fa l'obbligo, non di impugnare sempre gli atti frodolenti in qualunque tempo avvenuti lesivi delle ragioni dei creditori; ma solo che volendo, i creditori, in favore dei quali è stabilita la nullità di tali atti, valersi di tale loro diritto, debbano pertanto impugnarli così come è disposto dall'articolo 1235 del Cod. civ.

Così si appalesa una nuova forma di nullità di atti, la quale perde quel carattere di necessarietà che le aveva attribuito il precedente articolo 707; e la facoltatività che domina tutto l'articolo 708 fa sì che debbasi parlare non più di nullità, ma di annullabilità.

Altra cosa rilevante in questo articolo è la mancanza di limitazione riguardo al tempo in cui le azioni fraudolente possono essere avvenute; quindi nè fissazione e retrotrazione di data per la cessazione dei pagamenti, nè data di sentenza dichiarativa di fallimento, nè posteriorità od anteriorità alcuna può, per un lato, giovare al debitore, per l'altro affievolire il diritto del creditore. È questa la più ampia applicazione dell'azione Pauliana in beneficio del creditore (1). Che anzi può dirsi essere migliore di fronte a tale azione revocatoria, la condizione del creditore secondo l'articolo 708 del Codice di commercio della condizione del comun creditore secondo il Codice civile. Difatti, mentre il diritto di esercitare l'azione Pauliana compete solo, pel Codice civile, ai creditori anteriori alla perpetrazione dell'atto fatto in frode delle loro ragioni, e la revoca giova solo al creditore che la chiese e l'ottenne, l'articolo 708 e il Codice di commercio non fanno limitazione di sorta nel tempo in cui l'atto frodolento avvenne, perchè la revoca si dà *in qualunque tempo siano avvenuti* gli atti impugnandi e per la coincidenza di tanti interessi verso un solo individuo, gli interessi cioè dei creditori verso il debitore, l'azione revocatoria intentata dal curatore per uno solo di essi avvantaggia tutti i creditori. Mentre la presunzione anche *juris tantum* basta per il creditore commerciale contro il fallito, e, per opporsi all'impugnativa, chi vi è interessato deve provare insussistente la presunzione di frode, invece il creditore civile che impugni un atto per frodolenza, deve anzi tutto portare la prova di questa da lui asserita frode. Vi è tuttavia una limitazione per riguardo al tempo in cui può intentarsi la Pauliana in derivazione dell'articolo 708, la quale essendo pel Codice civile giovata dalla prescrizione trentennale, invece del Codice di commercio, *rebus ipsis dictantibus*, stante la materia del fallimento, cessa quando il fallimento si chiude. Da ultimo, essendo l'azione Pauliana del diritto civile un'azione personale, la quale non esorbita di contro al primo acquirente per portarsi sui suoi aventi causa, eccettuati i casi di complicità nella frode, di partecipazione ai frutti d'arricchimento portati dalla consumazione della frode, di vincoli particolari esistenti da parte di quest'avente causa verso i creditori, nel diritto commerciale la revocatoria dell'articolo 708 colpisce acquirenti mediati ed immediati, di buona fede o frodolenti, a carattere oneroso o gratuito. Facoltà, qual è, concessa totalmente a beneficio dei creditori, questi possono non valersi del diritto d'impugnativa e, tacitamente, attribuire carattere di perfetta genuinità giuridica

(1) Tuttavia il FITTING nell'opuscolo: " Ist die actio Pauliana durch vorausgegangene Konkurseröffnung bedingt? „ ha potuto dubitare sulla qualità dell'azione così concessa al creditore commerciale.

a questi atti frodolenti che arrecano una diminuzione al patrimonio a loro devoluto. Ma qualora i creditori impugnino gli atti per frode, siccome questa, almeno dal silenzio su ciò dell'art. 708, è *juris et de jure* chi è colpito da questa impugnativa non può ricusare la restituzione delle cose che formano oggetto della domanda di revoca; ma, provando, tuttavia, la propria buona fede, sarà esonerato dalla prestazione della cosa quale la impone l'articolo 1151 del Codice civile, e obbligo suo sarà unicamente di restituirla così come si trova attualmente senza sua colpa, o di rappresentare il prezzo ricavato dalla vendita, o, infine, di rendere la cosa con quei soli frutti che si vennero maturando dappoi che fu intentata l'azione rivocatoria. Però all'acquirente che rimane, per l'effetto della rivocatoria, orbato della cosa sua competono azioni di danno contro il fallito qualora solo però che, trattandosi di un contratto a titolo oneroso, egli non fu complice del fallito nella perpetrazione della frode.

100. *Atti ed operazioni presunti fraudolenti o sospetti di frode ed annullabili: Commento all'articolo* 709. — Il Calamandrei (1) chiama nullità facoltative miste, quelle che si derivano dalle disposizioni inserte nell'articolo 809 dell'attuale Codice di commercio. Le quali disposizioni si singolarizzano poi anche, perchè assicurano ai creditori una certa quale integrità riguardo al patrimonio del fallito devoluto al pagamento delle loro ragioni di credito, integrità che, forse, non potrebbe, a stretto diritto sussistere. La nullità, cioè, sancita dall'articolo 709 non è assoluta od *adversus omnes*, ma è invece unicamente data in favore dei creditori; e questi non *uti singuli* ma come massa. Onde può avverarsi, caso non infrequente nella pratica dei fallimenti, che un creditore il quale, mediante ipoteca validamente consentita dal debitore e debitamente costituita ed iscritta, si era garantite le proprie ragioni di credito, nel momento in cui tale garanzia dovrebbe mostrare la propria efficacia, cada invece la ipoteca, nulla, in tal caso, perchè fatta in frode della massa dei creditori. L'anteriorità alla dichiarazione di fallimento non può giovare in simile condizione; giacchè espressamente la legge ha sancito che tale nullità origina dal fatto che il privilegio abbia la data della sua costituzione posteriore alla data della cessazione dei pagamenti. Tuttavia si può rilevare, in proposito delle ipoteche, una contraddizione tra il disposto dell'art. 709, numero 4° e il disposto dell'articolo 710. Nel primo dei quali si dà carattere presunto di frode, e quindi sanzione di nullità, alle ipoteche costituite sui beni del debitore, e nel secondo, invece, si stabilisce che le *inscrizioni ipotecarie* prese in virtù di un titolo riconosciuto valido *non sono comprese* nelle disposizioni degli articoli precedenti, purchè sieno *anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento*. Ora come si possono validamente coordinare queste due disposizioni, le quali a noi appaiono sostanzialmente in antitesi? Quale può essere questo *titolo valido* dell'iscrizione ipotecaria presa sui beni del debitore, anteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento e quindi posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti? L'ipoteca per essere validamente costituita sia nella peculiarità del caso presentato da una condizione di fallimento, che nell'ordine normale dei fatti che alla costituzione di tale diritto *in re aliena* possono far luogo, ha d'uopo di quelle condizioni che la legge fissa, imprescindibilmente, per la validità e la efficacia della sua costituzione; condizioni di fatto e di diritto di burocrazia e di pubblicità, senza le quali questo *jus singulare* non può ritenersi attuoso. Se, quindi, il titolo valido, ad esempio: la ragione di credito riconosciuta e garantita liberamente dal debitore

(1) Op. e vol. cit., pag. 170.

a vantaggio del proprio creditore, non può non esistere, sia pure la ipoteca costituita posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, e se per la esistenza di questo valido titolo le iscrizioni ipotecarie non possono essere dichiarate nulle, eccetto nel caso in cui sieno posteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, non si vede quando mai potrà essere dichiarata nulla, perchè fatta in frode della massa dei creditori, una iscrizione ipotecaria concessa dal debitore. Ma qui si presenta un dubbio di ermeneutica rispetto alla disposizione dell'articolo 710. Ossia: cosa intende il legislatore per *titolo riconosciuto valido?* Sommette, forse, la validità della iscrizione ipotecaria non alle regole speciali in simile materia sancite dal patrio Codice civile, ma alla valutazione arbitraria di chi può aver interesse ad allontanare le ragioni privilegiate di credito per ingrossare la massa patrimoniale demandata al pagamento dei creditori? L'inciso dell'art. 710 circa la riconosciuta validità del titolo ipotecario è molto sospetto, perchè sembra che tale validità non già attribuisca alla perfetta osservanza delle norme di legge richieste per la ipoteca, ma, volta per volta, senza alcun riguardo alla osservanza di quelle, intenda dare o meno una patente di validità al privilegio del creditore ipotecario.

L'articolo 709 fa poi una curiosa distinzione intorno ai due termini su cui s'aggira la procedura del fallimento. Parla, diffatto, prima della data della cessazione dei pagamenti e poi della data della dichiarazione del fallimento fissando un limite di 10 giorni entro i quali sono nulli tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni a qualunque titolo avvenuti, anche in difetto degli estremi enunciati precedentemente nello stesso articolo 709. Invero, le ragioni per cui il legislatore credette opportuna codesta distinzione, entrando in un ordine di considerazioni, certamente valide come tesi di diritto, sono così esposte negli atti della Commissione per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio: " Movendo dall'idea, che nella determinazione giudiziale dell'epoca della cessazione dei pagamenti si contenga l'espressione del fatto economico espresso colla dichiarazione di fallimento, l'esame delle conseguenze di esso, circa la validità degli atti dopo quel fatto avvenuti, richiede una esatta distinzione rispetto al tempo in cui avvennero, non meno che rispetto all'indole sostanziale di essi.

" Uno dei principali effetti della dichiarazione di fallimento essendo quello di privare il fallito d'ogni ingerenza sul patrimonio che gli appartiene, o che può pervenirgli in appresso, la prima distinzione, riguardo al tempo, deve condurre a riconoscere l'assoluta nullità, rimpetto a chiunque, degli atti delle operazioni e dei pagamenti che fossero eseguiti dal fallito con quel patrimonio dopo la sentenza che lo costituì legalmente in istato di fallimento. Questo concetto deriva dall'intiero complesso delle disposizioni del Codice vigente, ma l'espressione di esso può prevenire molte questioni che agitarono la giurisprudenza.

" Rispetto all'indole sostanziale dei fatti avvenuti nell'intervallo fra la cessazione dei pagamenti e la dichiarazione di fallimento, il Codice di commercio può bensì aggravare la condizione del debitore commerciante, ma non può a meno di tener presenti i principii contenuti nelle disposizioni degli articoli 336 e 1235 del Codice civile, intorno alla rivocazione degli atti anteriori alla interdizione o degli atti commessi in frode dei creditori „ (1). Ma, tuttavia le ragioni addotte dal legislatore non giustificano pienamente questo sdoppiarsi di un'anteriorità ad una data variamente stabilita, sovratutto perchè stabiliscono un

(1) Tornata 2 febbraio 1872 – Verbale 777.

intervallo durante il quale non si sa bene a quale dei due termini dia maggior peso la legge. La posteriorità alla data della cessazione dei pagamenti e la anteriorità nei dieci giorni precedenti la dichiarazione di fallimento, si uniscono e formano quell'intervallo che corre appunto tra codesti due termini, e che altro non è che una sospenzione dall'esercizio dei diritti propri che colpisce il debitore, sospensione che diventa effettiva esclusione quando interviene la sentenza che risolve ogni dubbio dichiarando la decozione del commerciante. Dunque, se la stessa presunzione di frode colpisce tanto gli atti posteriori alla data della cessazione dei pagamenti, data fissata entro il limite consentito dalla legge commerciale, dall'autorità giudiziaria. quanto gli atti anteriori al periodo di giorni dieci che precede la pronunciazione della sentenza che dichiara il fallimento, quanto quelli avvenuti precisamente in questo periodo, ed è tale sentenza pure un atto dell'Autorità giudiziaria, è un fatto che una sostanziale differenza non intercede tra codesti due termini, la cui somma elasticità li trascina l'uno nell'altro a confondersi ed a compenetrarsi. Dal che derivano non pochi inconvenienti che noi verremo, nel corso di questo commento, dichiarando.

Ma per ridurci alla discussione speciale degli atti ed operazioni anteriori alla dichiarazione del fallimento, avvertiamo un'altra differenza che si mostra tra l'ultimo comma dell'articolo 709 e l'articolo 710. In fatto, per ciò che riguarda l'ipoteca il legislatore non stabilisce alcun limite alla anteriorità di rimpetto alla sentenza dichiarativa del fallimento; sicchè per l'ipoteca, purchè concorra l'estremo voluto della validità riconosciuta, sarà impossibile la nullità e, quindi, frustranea la impugnativa, anche se la inscrizione sia avvenuta non immediatamente prima della sentenza dichiarativa del fallimento; mentre per tutti gli altri atti ed operazioni rimane fermo il limite dei dieci giorni di cui si parla all'art. 709 ult° comma.

Questo comma parla della presunzione di frode che avversa gli altri atti ed operazioni fatte posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, ed ammette, necessariamente, la prova contraria a tale presunzione, prova contraria che unicamente si concreta nella dimostrazione della buona fede dei contraenti. La qual buona fede riesce difficile assai ad essere provata da parte del debitore; costui, eccetto nel caso di un'estrema ignoranza, strettissima congiunta della colpa, o di improvvisi, imprevisti ed imprevedibili rovesci di fortuna, non si può concepire come ignaro delle tristi sue condizioni economiche o degli sbilanci del proprio commercio; e siccome la sua buona fede non può essere frutto che della ignoranza o della colpevole illusione sullo stato reale della sua fortuna, così riescirebbe di prova tanto difficile da implicare quasi la assoluta impossibilità di darne una prova convincente. Non è a dirsi altrettanto della buona fede di chi contratta col debitore; perchè, eccetto in un'epoca assai prossima alla definitiva cessazione dei pagamenti, anzi, alla dichiarazione del fallimento, riesce pur sempre difficile, particolarmente ad individui che non sieno entro il commercio e del ceto commerciale, sapere quando un commerciante comincia a non poter più far fronte ai propri impegni. Per il che la buona fede di tali contraenti sarà di prova sufficientemente agevole, tanto più considerando che il caso in cui il commerciante, che si trova in tristi condizioni, cerca con raggiri di captare l'altrui buona fede per arrestare i propri affari pericolanti, non è così raro come potrebbe credersi.

L'articolo 709 nei suoi quattro numeri, nei quali specifica gli atti che sono nulli se non è provata la buona fede, distingue gli atti e le operazioni a titolo oneroso, dagli atti ed operazioni a titolo gratuito o non oneroso. Invece nell'ultimo capo una tale distinzione scompare ed in esso si coinvolgono in un comune destino tutti gli atti e

le operazioni avvenute nei dieci giorni che precedono la dichiarazione di fallimento, quando pure tutti, od alcuno soltanto degli estremi enunciati nel precedente capo e numeri dell'articolo 709, non concorrano. Il limite dei dieci giorni che dà un periodo fisso di anteriorità, restringe tuttavia, è d'uopo riconoscerlo, la portata del principio sancito nel primo alinea dell'articolo 709; perchè, dovendosi intendere tassativa e non dimostrativa la enumerazione degli atti ed operazioni impugnabili per nullità, fatta nei quattro numeri dell'articolo in esame, se il legislatore avesse taciuta la fissazione del termine di 10 giorni, la stessa sorte avrebbe perseguitato tanto gli atti enumerati che quelli solamente accennati nell'ultimo comma. Però, la enumerazione dei quattro numeri dell'art. 709, relativa alla impugnativa per nullità, dipendente dalla posteriorità alla data della cessazione dei pagamenti, non è invalidata dalla generica enunciazione fatta nell'ultimo comma, relativa alla nullità nascente dalla anteriorità di giorni 10 alla dichiarazione del fallimento? In simile guisa, questa anteriorità sarebbe un limite contro cui urterebbe la posteriorità stendentesi dalla data della dichiarazione del fallimento? O sarebbe invece un aggravamento di questa posteriorità? Il dubbio si presenta di soluzione quanto mai scabrosa, e propende a risolversi più in favore di un prolungamento e di un rafforzamento di quella accennata posteriorità, che in una eliminazione di essa. Ad ogni modo, non pare indubbio che la posteriorità è interamente compresa tra la data della cessazione dei pagamenti e quella della dichiarazione del fallimento, in riguardo alla enumerazione dei quattro paragrafi dell'articolo 709; mentre è invalidata per gli altri atti in quella tassativa enumerazione non raccolti.

Noi abbiamo parlato della presunzione *juris et de jure* che perseguita gli atti ed operazioni fatti dal fallito dopo la pronunzia della sentenza dichiarativa del fallimento, secondo dispone l'art. 707, contro cui non si ammette prova in contrario; abbiamo visto come l'art. 708, che dà una nullità facoltativa, per quanto riguarda l'osservanza di certe condizioni stabilite nel Codice civile, art. 1235, segua questo criterio di presunzione, tuttavia, in forza della legge civile, consentendo prova di buona fede per sgravare il contraente da certe responsabilità; ed abbiamo accennato ad una specie particolare di nullità facoltative o limitate, per le quali la legge stessa parla di presunzione, concedendo la prova del contrario, ossia della buona fede da parte di chi è gravato dalla annullabilità. Ora questa presunzione è unicamente una presunzione *juris*, la quale soffre due limitazioni per la disposizione capitale dello stesso art. 709: la prima, quella della prova contraria; la seconda, quella della posteriorità alla data della cessazione dei pagamenti; l'una, diversifica l'art. 709 dall'art. 707 che non ammette, come si vide, prova in contrario, benchè limiti il tempo in cui la impugnativa può aver esito; l'altra, diversifica lo stesso articolo dall'art. 708, perchè non lascia, come quello, illimitato il tempo della confezione degli atti frodolenti. Da ciò deriva che gli atti, enumerati nei quattro paragrafi dell'articolo 709, se sono avvenuti anteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, e se colui contro il quale i creditori potrebbero far valere l'impugnativa riesca a provare la propria fede, anche se tornano di danno alla massa dei creditori, non potranno essere impugnati. Tuttavia si domanda: gli atti frodolenti o presunti tali, se non sono avvenuti nè posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, nè nei dieci giorni anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento, cadranno sotto la disposizione dell'art. 708 il quale, per vero, contempla una totalità di atti ed una illimitata estensione di tempo? L'articolo 703 non parla affatto di presunzione di frode, anzi la ammette, quasi *nomen juris* degli atti ed operazioni ai quali si riferisce, mentre al con-

trario l'art. 709 si rivolge alla presunzione di frode che si può allontanare con la prova in contrario; sicchè parrebbe che, se un atto non è frodolento nel tempo prescritto dall'art. 709 dovrebbe sfuggire, anche non data la prova del contrario, a qualunque rivocazione. Però, siccome è scopo diretto del legislatore di garantire la maggior entità patrimoniale alla massa dei creditori, riesce non dubbio che l'atto che sfugge alla disposizione dell'art. 709, ricade per intero sotto la disposizione dell'art. 708. L'art. 709 potrà essere applicato per la annullabilità di un atto che, riguardo al tempo, sfugge alla limitazione sancita da quello stesso articolo? Potrà, cioè, essere chiesto l'annullamento, ad es., di una alienazione a titolo oneroso, la quale si presume fatta in frode dei creditori, quando tale atto ebbe la sua perfezione anteriormente alla data della cessazione dei pagamenti? Ed è necessario elucidare bene questo punto, per non ridurre sotto la disposizione dell'art. 708 una materia che gli sfugge. Se colui, contro il quale potrebbe essere domandato l'annullamento di quell'atto per la presunzione *juris tantum* di frodolenza a danno dei creditori, si appresta a dare la prova della propria buona fede, e, pur tuttavia, l'atto fu fatto prima della data della cessazione dei pagamenti, crediamo che, salvi gli estremi stabiliti dalla legge, non si possa molestare, con alcuna dichiarazione o conato d'impugnativa per annullamento, il terzo possessore.

L'art. 709, dato quel principio generale finora esaminato, passa ad una enumerazione, tassativa, degli atti che si presumono frodolenti, dichiarando quale è la causa per cui ed il momento in cui nasce la frodolenza e si fa luogo alla presunzione di quella, e così stabiliendo, indirettamente, a chi spetti il carico della prova in contrario. Qualora il terzo, conoscendo lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora fallito, ciò nullameno sia passato ad atti od abbia ricevuti pagamenti o siasi prestato ad alienazioni a titolo oneroso, ossia ad operazioni nelle quali ciascuno dei contraenti intende procurarsi un vantaggio mediante uno scambio di valori, contro questi atti si può invocare lo annullamento per presunzione di frode. Ma da questa disposizione della legge, la quale nello stesso art. 709 stabilisce in simil guisa due principî che cozzano fra loro, nasce una inversione di prova che riesce a migliorare la condizione di colui che vede le sue contrattazioni pericolare. In fatti, la legge — dopo aver assicurata la presunzione di frode, contro quegli atti fatti posteriormente alla cessazione dei pagamenti, senza curarsi se il contraente conoscesse o meno lo stato economico del commerciante, però concedendo la prova della buona fede, — nel primo numero dello stesso articolo 709, come logica discendenza dal principio che informa tutto l'articolo, parla di cessazione di pagamenti venuta a notizia del terzo contraente; il quale essendo, tuttavia, passato a contrattazioni a titolo oneroso col fallito, si presume intinto di frode. Sembra a noi che nasca un conflitto singolare tra questi due aforismi di legge, perchè: o sta il principio del primo capo, articolo 709, ed allora la presunzione di frode ammettendo la prova del contrario, non si può più adattare alle condizioni richieste dal primo paragrafo stesso articolo, ove, logicamente, la presunzione *juris et de jure* data la notizia della cessazione dei pagamenti che non può accordare prova in contrario; o si rinuncia al principio primo dell'articolo 709 ed allora non si vede come possa attuarsi la presunzione di frode, chè non si tratta più di annullabilità, ma di nullità *ope legis*.

Unico rimedio a questa ambiguità che deriva da una cattiva locuzione, si presenta, come su abbiamo notato, la inversione della prova (1) della frode; e così, mentre prima il terzo doveva provare la propria buona

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 284, § 4468.

fede per respingere la nullità degli atti da lui fatti, invece ora il terzo non è tenuto ad alcuna prova di buona fede: anzi, presunta in lui la buona fede, la massa dei creditori, e il curatore per essi, dovrà dare la prova della conoscenza, che il contraente aveva, dello stato di cessazione dei pagamenti da parte del commerciante per quanto non ancora dichiarato fallito.

Invece, il principio del primo alinea dell'articolo 709, per ciò che riguarda la presunzione di frode e la prova di buona fede, si porta intero sui numeri 2, 3, 4 stesso articolo. In essi il legislatore non ammette nessuna circostanza che riguardi la cessazione dei pagamenti: basta che gli atti ivi enumerati, con quelle limitazioni che vi sono imposte, sieno stati confezionati posteriormente alla data della cessazione, perchè contr'essi insorga la presunzione di frodolenza, e si ammetta la prova contraria. Però, alcune limitazioni al principio per il quale gli atti che avvengono, cessati i pagamenti, debbono ritenersi nulli per presunta frode, sono date dai tre ultimi paragrafi dell'articolo 709. Riguardo agli atti e contratti commutativi, conviene che i valori dati o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassino notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso; ed è qui evidente che, mancando il danno, o questo essendo minimo, portato da tali atti alla massa dei creditori, viene meno anche la ragione dell'annullamento.

Non crediamo che il Vidari (1) sia nel vero quando, a proposito del numero 3 di questo articolo, scrive che il legislatore, parlando di pagamenti di debiti scaduti ed esigibili, si riferisca anche ai pagamenti fatti al fallito da un suo debitore; perchè, per quanto anche il ricevere una *datio in solutum* sia un atto di amministrazione, di cui si intende orbato il commerciante che cessò i propri pagamenti, tuttavia, lo scopo del legislatore è più quello di impedire le diminuzioni del patrimonio del fallito, che quello di render costui assolutamente interdetto: il debito scaduto ed esigibile in favore del fallito va ad aumentare la entità patrimoniale del fallito stesso ed avvantaggia la massa dei creditori, nè il debitore può essere obbligato a soprassedere ad un pagamento quando esso sia appunto scaduto; tanto più che se non è ancora stato nominato un curatore al fallito, perchè non è intervenuta nessuna sentenza che fissi la data di cessazione dei pagamenti e pronunzi lo stato di fallimento del commerciante, il debitore di costui non saprebbe a chi fare il pagamento.

La dottrina e la giurisprudenza sono varie intorno alla interpretazione da darsi alla dizione di effetti di commercio, e di pagamenti non fatti in danaro, usata dal legislatore. Tuttavia, la dottrina più recente e la giurisprudenza più autorevole italiana e francese accordano a tale locuzione la significazione più logica che possa avere (2).

Il legislatore poi ritiene altresì sospetti i pegni, le anticresi e le ipoteche prese sui beni del debitore. In tesi generale, per questi come per tutti gli altri atti del debitore, è necessario che essi sieno giuridicamente validi, cioè costituiti conformemente alla legge; la invalidità non può sussistere *ex origine*, ma deve essere dichiarata in forza dell'impugnativa; sicchè ad es.: perchè il pegno sia valido è necessario che la cosa data in pegno sia rimasta fra mani del creditore o di un depositario da lui autorizzato; è la consegna della cosa oppignorata deve essere contemporanea alla costituzione del pegno. Nell'anticresi può dubitarsi se siano

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 290, § 4472.

(2) BOULAY-PATY, *Faillites et Banqueroutes*, n. 224; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 180-181; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 292 e segg., § 4, 473 e segg.

Cassazione di Napoli, 12 novembre 1880; 7 maggio 1881 - *Legge*, XXI, I, 234, II, 52; Appello di Venezia, 3 febbraio 1880 - *Temi Veneta*, I, 120; Appello di Casale, 19 novembre 1880; Soluzione varia danno: ALAUZET, *Code de commerce*, 2514; Appello di Riom, 17 luglio 1849: Cassation, 4 gennaio 1847.

nulle le percezioni dei frutti avvenute nel periodo susseguente alla cessazione dei pagamenti, essendo l'anticresi costituita anteriormente a questo periodo. Il Codice, parlando di anticresi costituita sui beni del debitore, sembra alludere più che alla percezione dei frutti dell'immobile del debitore, alla costituzione di quella sull'immobile; quindi sembrerebbe non far caso della percezione di frutti, dopo la cessazione dei pagamenti, in virtù di una anticresi anteriormente costituita. Però, quantunque la lettera della legge sia contraria a questa nostra opinione, noi crediamo che, siccome la percezione dei frutti è quella che, più della anticresi come *nomen juris*, danneggia gli interessi della massa dei creditori, così intendasi sospesa tale percezione dappoi che cessarono i pagamenti; e il creditore favorito che faccia suoi i frutti posteriormente a quella data senza provare la propria ignoranza di questo evento, sia tenuto a restituirli, rimanendo pur tuttavia nella condizione di creditore privilegiato.

L'articolo 551 del cessato Codice stabilendo che " la sentenza che dichiara il fallimento priva, dalla sua data e di diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni... „ colpiva di nullità necessaria assoluta gli atti qualunque si fossero, fatti dal fallito in quell'epoca, e quindi anche nei dieci giorni anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento. L'ultimo alinea dell'articolo 709, pur conservando la presunzione di frode per gli atti fatti in quel periodo di 10 giorni, nella considerazione " del tempo immensamente sospetto e della facilità di supporre che in quei giorni già si preparasse il commerciante a deporre il suo bilancio ed alla dichiarazione del fallimento „ (1), tuttavia ne diminuì la importanza, riducendola a presunzione *juris tantum*, da *juris et de jure* che era pel cessato Codice: il quale periodo di dieci giorni, illogicamente ed inutilmente, lo aveva stabilito, anteriore alla data della cessazione dei pagamenti e in riguardo a tutti quegli atti che il Codice nuovo incluse nei quattro paragrafi dell'art. 709.

1081. *Il diritto ipotecario nel giudizio di fallimento.* — " Se il sospetto che circonda le iscrizioni di ipoteca, prese in prossimità alla dichiarazione di fallimento ed anche anteriori all'epoca della sospensione dei pagamenti „ (2) ha dato luogo alla cautela sancita dal Codice attuale di commercio all'articolo 709 ed alla cautela, esagerata tuttavia, imposta dall'articolo 555 del Codice cessato, un concetto più equo e più largo ha modificato, in parte, il criterio del legislatore di fronte al diritto ipotecario, ed ha dato luogo ad una disposizione meno serrata, quale è quella contenuta nell'articolo 710; il criterio che il legislatore ha seguìto in questi due articoli dà vita ad una particolare specie di diritto ipotecario, che merita d'essere chiarita: il che noi faremo, per quanto dobbiamo rimanere in troppo stretti confini.

Ognun sa come, nella validità della costituzione di un'ipoteca, ricorrano due momenti: quello della materiale costituzione del diritto in *re aliena* per il consentimento e il contratto di chi accorda la iscrizione, e la iscrizione della ipoteca stessa, che rende così valido e notorio il nuovo diritto acquistato dal creditore ipotecario. La distinzione più notevole che si presenta fra questi due diritti è, che la concessione della ipoteca è quella che dà sussistenza al diritto, mentre la iscrizione assicura di questo diritto la efficacia: ed è ciò coerente al disposto dell'art. 1945 del Codice civile, per il quale l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica; e la ipoteca si rende pubblica mediante iscrizione nell'ufficio delle ipoteche del luogo, in cui si trovano i beni gravati (1981).

(1) *Relazione della Commissione alla Camera dei Deputati*, pag. 191.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 2 febbraio 1872 - Verbale 777.

Adunque, un'ipoteca costituita così come lo impone il dettato del Codice civile è pienamente valida. Ma il Codice di commercio, nella presunzione *juris tantum* di frode, di cui colpisce la ipoteca costituita sui beni del debitore fallito, parte dal principio della mancanza di proprietà del fallito sui suoi beni, i quali divengono proprietà de' suoi creditori dal momento in cui egli, colla cessazione dei pagamenti, ha lasciato scorgere che non può più far fronte ai propri impegni: la nullità quindi dell'ipoteca iscritta in simil guisa sarebbe una nullità *ex origine*, perchè tale diritto *in re aliena* graverebbe su beni che non sono di colui il quale la ipoteca concede. Il Codice civile francese all'art. 2146 dice delle ipoteche: " elles ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls „; e l'art. 443 dell'antico Codice di commercio francese modificava la disposizione del Codice civile in questa forma: " Nul ne peut acquerir privilège ni hypothéque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite „, ampliata poi dall'art. 446 dell'attuale Codice di commercio francese, che dichiara nulle e senza effetto, rispetto alla massa, quando furono consentite dal debitore posteriormente all'epoca determinata dal tribunale per la cessazione dei pagamenti o nei dieci giorni precedenti, le ipoteche convenzionali o giudiziali costituite sui beni del debitore per debiti anteriormente contratti: ma, a questo ferreo diritto, l'art. 448 dello stesso Codice porta questa rilevante modificazione, nello intento di non danneggiare con l'eccessivo rigore gli interessi del commercio: " Les droits d'hypothèque..... valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation des payements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarés nulles s'il est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque.... et celle de l'inscription. Ce délai sera augmenté d'un jour en raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise „. Per tal guisa, mediante una presunzione legale, il diritto commerciale francese fa una giusta distinzione fra le ipoteche, costituite prima del termine che la legge commerciale fissa per la loro validità, ma in questo termine non iscritte, e le ipoteche, costituite entro quel termine e quindi nulle, sieno o meno iscritte. Il Codice civile italiano non contiene una disposizione così precisa, per riguardo alle condizioni di fallimento di chi concesse la ipoteca, come quella del riferito art. 2146 del Codice civile francese; soltanto all'articolo 1983 si riferisce il legislatore del patrio Codice civile alla legge commerciale, la quale regolerà la validità e la efficacia delle ipoteche e delle iscrizioni sui beni del fallito. Il Vidari (1) ritiene inutile ogni distinzione tra la costituzione dell'ipoteca e la sua iscrizione, e scrive: " Una ipoteca non iscritta non è che un diritto, una garanzia *in spe*, *in fieri*, la quale per divenire attuosa ha bisogno della condizione imprescindibile stabilita all'uopo dalla legge. La inscrizione, insomma, è così necessaria alla esistenza della ipoteca come la consegna della cosa a fare perfetto ed efficace il contratto di pegno: contratti ambedue questi che, avendo carattere reale (*re perficiuntur*), hanno bisogno di alcun fatto sensibile, per cui sia dimostrato che la cosa data in garanzia è sottratta alla libera disponibilità del debitore e che su di essa si concreta e si radica veramente la garanzia del creditore. Ebbene, ripetiamo, codesto fatto sensibile è la consegna della cosa al creditore nel contratto di pegno; è la iscrizione nel contratto d'ipoteca, non essendo possibile

(1) Op. cit., VIII, pag. 315, § 4494.

che la cosa data in garanzia passi fisicamente nelle mani del creditore „. Tuttavia, è a ritenersi che la questione non è così serena e facile a risolvere come sembra. La giurisprudenza e la dottrina si dividono in due avversarie schiere; e l'una sostiene che altra cosa è la costituzione, altra cosa è la iscrizione della ipoteca; che il diritto *in re aliena* è già stabilito dal momento in cui il documento che comprova il dominio del creditore sui beni del debitore, è nelle mani del creditore, dal momento in cui la limitazione al proprio diritto fu accordata dal debitore; la iscrizione interviene soltanto, atto secondario, a rendere pubblico e notorio questo nuovo diritto, ma non ha importanza diretta sulla validità intrinseca dell'atto: — l'altra schiera, invece, pur accettando la distinzione dei due momenti nella giuridica costituzione di un'ipoteca, sostiene la preponderanza della iscrizione, come quella che assicura efficacia giuridica ad un semplice fatto, altrimenti spoglio di ogni valore; quindi, per questi, quando un'ipoteca non è iscritta, è a ritenersi come non fosse mai stata costituita.

Comunque sia di questo dibattito, nell'ordine dei fatti e della legge positiva è certo, che i due momenti della vita giuridica di un'ipoteca esistono staccati e precisamente delineati: è certo che il Codice civile fa dipendere tutta la efficacia della ipoteca dalla sua iscrizione, e chiaramente lo stabilisce l'articolo 2007 colla locuzione: " L'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione „. — Ed ora, venendo alla condizione che la legge commerciale sul fallimento fa alla ipoteca, in ordine ai crediti con simile garanzia assicurati, vediamo che al numero 4 dell'articolo 709 il legislatore commerciale parla di ipoteche *costituite* sui beni del debitore; e poi all'articolo 710 invece parla delle *inscrizioni* ipotecarie *prese* in virtù di un titolo riconosciuto valido. Chiaramente, a non voler supporre un'erronea locuzione e sfuggente all'intenzione del legislatore, si scorge come anche il legislatore commerciale italiano si sia preoccupato della distinzione, che il legislatore del Codice civile stabilisce, tra la costituzione dell'ipoteca e la sua iscrizione: e difatti, la prova palese di questo dubbio si ha nelle parole stesse, inserte negli atti della Commissione per gli studi preparatorî del Codice di commercio, dubbio così espresso: " Può chiedersi finalmente se il sospetto che circonda le iscrizioni d'ipoteca . . . . . debba applicarsi anche a quelle che furono costituite con atti anteriori pienamente legittimi ed inattaccabili, sebbene iscritte più tardi „. E lo stesso legislatore poco di poi così afferma e giustifica la distinzione che da quel dubbio ha origine: " L'iscrizione dell'ipoteca non è richiesta per la sussistenza del diritto, ma solo per l'efficacia di esso, e l'incuria del creditore sarebbe troppo severamente punita e sarebbe ingiusto il vantaggio che ne trarrebbero gli altri interessati, se l'iscrizione avvenuta prima della dichiarazione del fallimento, ma dopo la cessazione dei pagamenti, dovesse essere per ciò solo annullata. La facoltà di iscrivere le ipoteche validamente consentite non può estendersi al tempo posteriore alla dichiarazione del fallimento, poichè quell'atto deve fissare la condizione giuridica dei creditori; ma prima di esso tutti i diritti dei creditori possono essere validamente esercitati qualora non vi ostino le eccezioni stabilite dalla legge „(1). Dunque è con diretta intenzione di fissare un aperto distacco, di fronte alla legge del fallimento, tra la costituzione e la iscrizione delle ipoteche, che il legislatore ha usato le due diverse locuzioni più sopra rilevate. Per questo la ipoteca che, nelle condizioni studiate dall'articolo 709, oltre che essere costituita è anche iscritta sui beni del debitore regolarmente, è valida nè si potrà impugnare di nullità per sospetto *consilium*

(1) Tornata 2 febbraio 1872 - Verbale 777.

fraudis; la ipoteca che fu costituita in un tempo anteriore alla data della cessazione dei pagamenti, e che, per ciò, non cade sotto la disposizione inibitoria dell'art. 709 n. 4, per quanto iscritta posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti. Ma la questione che sembra essersi chiarita si oscura di nuovo per una disposizione dell'articolo 709. La ipoteca costituita prima della data della cessazione dei pagamenti, ma iscritta in quel periodo di 10 giorni di cui parla l'articolo 709, ultimo comma, sarà valida? È applicabile, anzi tutto, la disposizione di quest'ultimo comma all'ipoteca?

In esso si parla di quegli atti pei quali non concorrono gli estremi enunciati prima nell'articolo 709: anchè la ipoteca è, per vero, un atto, che può benissimo entrare in questa generica denominazione applicata a tutti i vari rapporti od operazioni che si legano o si fanno nella vita quotidiana, sia da un commerciante che da un non commerciante, nel disbrigo o per la amministrazione dei propri affari o del proprio patrimonio. Se Tizio nell'accordare un mutuo a Caio, per sicurezza e garantìa della somma mutuata, esige una iscrizione ipotecaria sui beni immobili di Caio, e la iscrizione viene accordata e costituita, questo è indubbiamente un atto d'amministrazione tanto per l'uno che per l'altro dei due contraenti; il mutuo ipotecario è un atto che, indubbiamente, entra nella comprensività della parola " *atti* " tante volte usata dal legislatore commerciale nella materia del fallimento. Se questa ipoteca, consentita nella stipulazione del mutuo viene iscritta nei dieci giorni precedenti immediatamente la dichiarazione di fallimento, potrà essere annullata come atto avvenuto in quel periodo d'inibizione, o per essa varrà la disposizione dell'articolo 710, che non dà limite alcuno all'anteriorità di fronte alla dichiarazione di fallimento? Il numero 4 dell'articolo 709 parla della costituzione dell'ipoteca; ma la ipoteca, vedemmo, si perfeziona solamente per la iscrizione, la quale non deve avvenire, per disposizione di legge, in alcun tempo fissato; ora, quando avviene la iscrizione dell'ipoteca può darsi che il commerciante che la costituiva in favore di un terzo sui propri beni, sia fallito e già sia intervenuta la sentenza che fissa la data della cessazione dei pagamenti, e già il fallito sia stato giudizialmente dichiarato in istato di fallimento: qui si riaffaccia la domanda espressa più sopra e che ripetiamo: la ipoteca costituita prima della cessazione dei pagamenti, ma inscritta in quel periodo di 10 giorni di cui parla l'articolo 709 ultimo comma, sarà valida? Potrà essere annullata come presunta, *juris tantum*, fatta *animus fraudis* a danno dei creditori?

Non crediamo: ed ecco che le ragioni che si adducono in sostegno di questa opinione, si fondano solamente e per intero sulla duplicità della vita giuridica dell'ipoteca. I fatti che devono essere scopo d'annullamento per salvaguardare la entità patrimoniale del fallimento, devono essere quelli che al loro costituirsi importano una reale e materiale diminuzione o aggravio a quella entità. La ipoteca arreca questo aggravio nel momento in cui è consentita e costituita, quindi è in quel momento che essa dovrebbe essere impugnata per nullità; la iscrizione è un fatto, dipendente bensì dalla sua costituzione regolare, ma è indipendente dalla volontà del debitore gravato: nè la ipoteca, se non iscritta, è nulla; solamente è inattuosa, inconcludente, perchè non può aver l'effetto suo nè grado alcuno che dal momento dell'iscrizione. Però qui l'argomentazione diventa bifida, a due tagli: chè siccome, senza l'iscrizione, l'ipoteca non ha effetto, ed è appunto l'effetto dell'ipoteca che l'annullamento tende a scongiurare, così la nullità dell'ipoteca per l'articolo 709 ultimo comma, sarà opposta se essa fu iscritta nel periodo dei dieci giorni anteriori alla data della sentenza dichiarativa del fallimento. Ma in nostro favore concorre la dizione dell'articolo 709, numero 4; ove si parla di costituzione di ipoteca e non di

iscrizione; e la sanzione di nullità che colpisce gli atti fatti nel periodo di 10 giorni, perchè è data quando non si possa applicare la disposizione del primo comma dello stesso articolo 709 in difetto degli estremi enunciativi, non può essere comminata contro la iscrizione d'una ipoteca non impugnabile per la sua costituzione, perchè l'estremo unico per far cadere una ipoteca costituita sui beni del debitore fallito è che essa sia stata costituita posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti. Risolta *secundum jus*, a parer nostro, tale questione, è, indubbiamente, favorita da ugual soluzione la questione della iscrizione della ipoteca avvenuta posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, quando la ipoteca sia costituita posteriormente a quella data (1). Sicchè si può accogliere, come vero principio di diritto, la massima che la presunzione di frode e la derivante nullità delle ipoteche, costituite posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, non colpisce che la costituzione del diritto *in re aliena* e non intacca menomamente la iscrizione. Un'ultima questione riguardo alla frode nella costituzione delle ipoteche. L'inciso del primo numero dell'articolo 709 " quando il terzo conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante „, è applicabile al caso della costituzione di ipoteca sui beni dello stesso commerciante? Rispondiamo: no, assolutamente! Quell'inciso è riserbato unicamente a quel numero nel quale è inserito; il creditore privilegiato potrà solamente invocare come prova di buona fede la propria ignoranza dello stato di cessazione dei pagamenti; e tale prova avrà un valore assai limitato, perchè " Della presunzione *juris* per la nullità dell'ipoteca, costituita nell'intervallo fra la cessazione dei pagamenti e la dichiarazione del fallimento, non è prova contraria quella che si limita alla non conoscenza della cessazione dei pagamenti, essendo la frode presunta per la soluzione più vantaggiosa, ottenuta coll'ipoteca da uno dei creditori a pregiudizio degli altri „ (2).

Si sa che le ipoteche sono di tre specie: convenzionali, legali, e giudiziali. La discussione svolta fino ad ora risguarda unicamente le ipoteche convenzionali, che appunto sono quelle che, all'infuori di qualsiasi altra coazione od obbligazione, si costituiscono in forza di un libero contratto. La ipoteca legale è quella che, a garanzia dei beni che entrano nella proprietà o nel possesso di una determinata persona per determinati vincoli di diritto, il primo o l'attuale proprietario di quelli vede nascere sui beni dell'attuale proprietario o possessore. La ipoteca giudiziale è quella che ogni sentenza di condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili od all'adempimento di un'altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta (Cod. civ., articolo 1970). Quale sarà la condizione di queste ipoteche di fronte alle disposizioni del Codice di commercio, le quali veniamo esaminando? Lo stesso Codice civile rinuncia a stabilire una regola per le ipoteche gravanti sui beni del fallito, ed abbandona la materia al legislatore commerciale (Codice civ., art. 1993); il quale a sua volta si trincera dietro il meno eloquente silenzio. Nessuna distinzione è fatta riguardo alla specie dell'ipoteca; ma nella generica denominazione di " *ipoteche* „ il legislatore dell'attuale Codice di commercio, sembra però stabilire una regola unica ed uguale per tutte. Il Codice francese, invece, ha espressamente escluse, e ragionevolmente, da tale caducità le ipoteche legali, come quelle che di solito, in qualunque tempo costituite, gravando sui beni dell'attuale fallito in vista di un vantaggio reale che gli

(1) In nostro favore V. Sentenza Appello Venezia, 16 luglio 1886 - *Legge*. II, 273, 1886.

(2) Sentenza su citata.

apportò la causa per cui si costituì, non possono avere, per la ragione stessa della loro nascenza, alcuna suspicione di frode. Noi concordiamo, però, anche di fronte all'ostinato silenzio del patrio legislatore, tanto col Codice francese, quanto coll'illustre Vidari, che lamentando la lacuna lasciata nella legge commerciale italiana di fronte alla francese, scrive: " .... quando si pensi che la presunzione di nullità stabilita dalla legge ha per iscopo di distruggere le manovre fraudolente che fallito e creditore tramassero a danno della massa; quando si pensi che queste manovre sono impossibili nel caso d'ipoteca legale, perchè escluso il fatto volontario del fallito; quando si pensi che, qui pure, la legge non può presumere fraudolento o nullo ciò che si effettua per volontà sua; quando si pensi che, valida la causa giuridica per cui la ipoteca legale viene costituita, l'ipoteca non può separarsi dalla obbligazione garantita; apparirà anche fuor di ogni dubbio che, pur tacendo di esse, anche la nostra legge non volle comprendere nel novero delle ipoteche annullabili le ipoteche legali. — Ond'è che, qualunque ipoteca legale, da qualsiasi causa determinata, si costituisca pur dopo la cessazione dei pagamenti, essa, per questo riguardo, non è soggetta a verun annullamento „ (1). Quanto alle ipoteche giudiziali il caso si presenta più difficile: giacchè per esse non può essere sostenibile alcuna frodolenza, esclusa *a priori* dalla stessa causa della loro costituzione. Invece il Vidari sostiene che devono cadere anche le ipoteche giudiziali; ed una sentenza dell'Appello di Venezia, 2 marzo 1886 — Fallimento Tramontin — dichiara nulla, relativamente alla massa dei creditori, l'ipoteca accesa dal cancelliere a garanzia delle spese del procedimento penale (2). Ma una sentenza dell'Appello di Torino, 20 febbraio 1885, citata dallo stesso Vidari, ed un'altra dell'Appello di Catania, 21 settembre 1885, De Luca c. Rosso, sostengono la tesi contraria (3). A nostro parere la questione non va trattata dal punto da cui la vide il Vidari: giacchè " il fraudare la massa dei creditori „ mediante una sentenza, se può essere la reale ingiuria, il danno materiale arrecato alla entità patrimoniale del fallimento, dannosa quindi alla massa dei creditori, non è questa, pertanto, quella frodolenza, fatto morale a cui si riferisce il legislatore del Codice di commercio; la frode è quel complesso " *d'ogni malizia ch'odio in cielo acquista* „ e che conduce ad un danno per colui contro il quale le malizie e le frodi si tramano, e non è il risultato dannoso, comunque sorto, che si riversa sul paziente del danno: per noi non vale neppure la particolare fattispecie messa fuori dall'egregio commercialista, perchè se ciò può formare un caso possibile, non può però uscire da quello stato di eccezione in cui lo confina la ragione stessa della ipotesi di contumacia colposamente concertata tra creditore e debitore davanti ai tribunali, e dal Vidari studiosamente offerta alla fantasia del momento. Quindi per noi non possiamo accordarci, nè col legislatore francese, che di fatto le comprende, nè col Vidari, che le suppone comprese dal legislatore italiano, per quanto riguarda le ipoteche giudiziali e la loro caducità; non neghiamo però che, nella pratica del diritto, di fronte ad un caso d'ipoteca giudiziale, nata per una frode non saputa cogliere e sventare dall'autorità giudiziaria, quando tale frodolenza possa essere provata nei limiti dell'art. 709, anche la ipoteca giudizialmente accesa, possa

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 317, § 4498; in favore: PARDESSUS, op. cit., n. 1195; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 382; BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., vol. V, pag. 241-2; BORSARI, *Comm. Cod. comm.*, n. 1767; SACERDOTE, *Diritti dei creditori*, ecc., pag. 134; Appello Genova, 1° aprile 1882 e 12 maggio 1882; Appello Torino, 20 febbraio 1885; Appello Lucca, 30 giugno 1885.

(2) *Legge*, 1886, II, 203.

(3) Appello Torino, 20 febbraio 1885; Appello Catania – *Legge*, 1886, I, 349; SACERDOTE, op. cit., pag. 135.

estinguersi relativamente alla massa dei creditori.

Rimane escluso dalla annullabilità per qualsiasi causa, il rinnovamento dell'ipoteca, di qualsiasi specie ed a qualsiasi titolo; giacchè la ipoteca che si rinnova non può figurare, in nessuna ipotesi, come una nuova ipoteca, purchè, però, sia rinnovata ed iscritta in tempo prima che sia decaduta, per prescrizione trentennale o per qualsiasi altra causa che ne stabilisse la estinzione.

102. *Commento all'articolo* 710. — Dopo quello che nei due numeri, che precedono, si disse sull'articolo che prendiamo ora in esame e sul diritto ipotecario nel giudizio di fallimento, poco rimane per completare la trattazione dell'articolo 710. Il quale, come già si è notato, è sopratutto rimarchevole per la maggior amplitudine di tempo accordata alla valida costituzione ed iscrizione dell'ipoteca. La ipoteca non è, dunque, mai impugnabile, quando il titolo, in base al quale è costituita, sia riconosciuto valido, purchè sia fatta anteriormente alla dichiarazione di fallimento. Sembra che il legislatore del Codice attuale di commercio, avrebbe potuto evitarsi la redazione dell'articolo 710, quando avesse inserito nel primo comma dell'art. 707 la disposizione che riguarda la ipoteca. I due articoli sono sostanzialmente identici, perchè fanno dipendere dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento la validità degli atti che vi si indicano: e la nullità assoluta e necessaria che sgorga dall'articolo 707, primo alinea, non può non essere la stessa nullità che la posteriorità alla data della sentenza dichiarativa di fallimento commina contro la ipoteca. E ciò tanto più, perchè il disposto dell'articolo 710 dichiara non comprese in alcuno degli articoli che lo precedono le ipoteche, le quali abbiano la anteriorità alla sentenza dichiarativa di fallimento. Se l'appartenere non agli articoli che comminano la nullità o la annullabilità agli atti fatti del fallito in aperta o presunta frode delle ragioni dei creditori, dipende, per ciò che riguarda le iscrizioni ipotecarie, dall'essere anteriori alla data di quella sentenza, questo vuol dire che non devono essere posteriori a quella data e quindi, per necessarietà delle cose, che la nullità che aleggia sull'articolo 710 è quella, e precisamente quella che informa la disposizione dell'art. 707. Sorge, poi, dalla locuzione dell'articolo in esame un dubbio; il quale, partendo dalla lettera sembra acuirsi e dirigersi contro lo spirito della legge; e cioè: per iscrizione ipotecaria cosa intende il legislatore? Gli è della complessiva creazione dell'ipoteca mediante la costituzione del diritto *in re aliena* seguita dalla iscrizione, o gli è soltanto della inscrizione che il legislatore intese parlare? Nei motivi del Codice nulla è detto in riguardo a ciò: e solo vi si riscontra lo stesso articolo 710 amplificato in una meno precisa redazione. Quindi, quale consiglio sarà utile e corretto prendere in simile condizione di cose? A rispondere è d'uopo rifarsi all'inciso dell'articolo in esame, che parla della validità del titolo costitutivo dell'ipoteca. Se con la dizione " le inscrizioni ipotecarie prese *in virtù di un titolo riconosciuto valido* " il legislatore intese contrapporre, col carattere e la qualità dell'atto costitutivo dell'ipoteca, il titolo ritenuto valido di cui ivi si parla, alla iscrizione dell'ipoteca, con quell'atto consentita e costituita, non vi è dubbio che, allora, le iscrizioni ipotecarie di cui parla l'art. 710, sono unicamente la materiale iscrizione dell'ipoteca sugli appositi registri; e, quindi, da ciò viene codesta soluzione al disposto di esso articolo; che, cioè, la ipoteca anche validamente consentita e costituita, non può essere iscritta dopo la data della sentenza dichiarativa di fallimento, sotto pena di nullità. Ma se il legislatore usò la locuzione *inscrizioni ipotecarie* a disegnare tutto intero il fatto giuridico, la costituzione e la efficacia della ipoteca, o, insomma, in luogo della voce " *ipoteche* " usò l'altra

" *inscrizioni ipotecarie* „, allora per titolo intendesi la causa che occasionò la costituzione dell'ipoteca, e la ipoteca si intenderà nulla se consentita e presa dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. Riconosciamo però che ad una simile interpretazione si oppone il disposto dell'art. 709, n. 4, il quale parla di costituzione d'ipoteche e quindi esclude la ampia interpretazione, sopra tentata, dell'articolo 710; sicchè lo spirito di questo articolo sembra essere: che non si può inscrivere la ipoteca che fu validamente costituita, quando la inscrizione avverrebbe posteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento: per questo la ipoteca rimane non estinta, ma solamente inefficace e come non esistente.

Risulta da questa soluzione che abbiamo apprestata della suscitata questione, che non si potrà più addurre a giustificazione della mente del legislatore, la frodolenza dell'atto lesiva delle ragioni dei creditori, frodolenza comune ai due contraenti o propria ad uno solo di essi, di solito il fallito. Perchè, se il titolo che costituisce la ipoteca è riconosciuto valido, cioè, non fu tolto di mezzo per necessaria o presunta frode in forza di alcuno dei precedenti articoli, la frode non può più nascere da alcuno degli atti posteriori alla costituzione della ipoteca: e niuno acrobatismo di logica, nessun sofisma di diritto potrà indicare e provare come frodolenta, la iscrizione della ipoteca in qualunque tempo presa dal creditore ipotecario; il quale, con la maggiore sicurezza del proprio diritto, si troverà bensì in condizione migliore degli altri creditori chirografarî, ma di costoro non avrà iniquamente leso alcun diritto. Concludendo diciamo, che la disposizione dell'articolo 710 interpretata come vietante la inscrizione di una ipoteca valida anteriormente costituita è eccessiva; come, opponentesi alla costituzione ed inscrizione di un'ipoteca, in causa di un titolo anteriore e valido, dopo che intervenne la sentenza che dichiara il fallimento del debitore, è inutile di fronte all'ampio e preciso disposto dell'art. 707.

103. *L'articolo* 711. — Il Codice di commercio del 1865 all'articolo 557, stabiliva che qualora fossero state pagate lettere di cambio dopo la cessazione dei pagamenti e prima della sentenza dichiarativa di fallimento, non si dava azione per la restituzione del danaro se non contro colui, per conto del quale era stata tratta la lettera di cambio. Se trattavasi di biglietto all'ordine, l'azione per la restituzione non può essere promossa che contro il primo girante. Ma in ambidue i casi conveniva provare che colui al quale si domandava la restituzione, aveva avuta cognizione della cessazione dei pagamenti al tempo in cui la cambiale era stata tratta, o il biglietto all'ordine girato. La Commissione per gli studi preparatori dell'attuale Codice commerciale riconobbe che " anche la disposizione eccezionale dell'articolo 557 del Codice vigente (*cessato*) deve ..... essere modificata nel senso che, qualora nell'intervallo fra la cessazione dei pagamenti e prima della sentenza dichiarativa di fallimento siano state pagate cambiali, l'azione per la restituzione del danaro possa promuoversi solo contro l'ultimo garante del pagamento, il quale avesse cognizione della cessazione dei pagamenti al tempo in cui venne tratta la cambiale o girato il titolo „ (1); frutto di queste considerazioni divenne l'art. 711. Il Codice francese stabilisce all'art. 449, un principio analogo a quello dell'art. 557 del cessato nostro Codice: anzi si potrebbe dire, che il legislatore italiano trasportò interamente, sotto altra cifra, nella legge commerciale italiana la disposizione della legge commerciale francese. Al Parlamento francese questo articolo, il quale non esisteva nel progetto di Codice presentato dal ministro guardasigilli, Persil, suscitò una vivace discus-

(1) Tornata 2 febbraio 1872 - Verbale 777.

sione, che poi conchiuse con la accettazione di quello, essendone così giustificata la necessità dal Tripier, relatore della Camera dei deputati: " Lorsqu'une somme aura été illégalement payée par le débiteur postérieurement à la faillite, elle devra être rapportée à la masse par le créancier qui l'aura reçue; voilà la règle générale. Cette obbligation devra-t-elle s'étendre aux tiers-porteurs des effets de commerce? Ces titres sont une sorte de monnaie dont il ne faut pas altérer la valeur. Les porteurs, à l'échéance, sont dans la nécessité de recevoir le payement, ou de faire constater le refus par un protêt; si le payement est effectué, le protêt ne peut-être fait; et, sans le protêt, pas de recours contre le tireur et les endosseurs. On ne pourrait, sans injustice, admettre une règle qui leur enlèverait en même temps les valeurs qu'ils ont reçues et leur recours contres les endosseurs. Ils ont été dans la nécessité de recevoir; ils conserveront le payement. Mais il a été reçu à la décharge d'un précédent obbligé; ce sera contre celui-ci que l'action en rapport devra être exercée „ (1).

L'articolo 711 del Codice attuale stabilisce un eccezione al principio generale sancito dal numero primo dell'articolo 709 riguardo ai pagamenti a titolo oneroso. La disposizione dell'articolo 709 che, a prima vista, sembra tanto semplice, tanto esente da difficoltà, urtava subito in uno scoglio pericoloso di fronte al diritto cambiario specialmente formato dalle norme stabilite per il protetto circa il tempo utile per provocarlo (art. 296) e circa il termine entro cui si può esperire l'azione cambiaria contro gli obbligati in via di regresso (articolo 320). Per evitare che dall'annullamento in favore della massa e contro il possessore dell'effetto cambiario, ne derivasse a quest'ultimo il danno di sottostare, senza sua, colpa alla restituzione del danaro riscosso ed alla decadenza delle azioni verso i suoi coobbligati; l'eccezione dell'articolo 711 intese ad evitare questo inconveniente. Il Calamandrei (2) osserva che non era necessario stabilire una sì grave eccezione all'art. 709 numero primo; per evitare questo inconveniente " sarebbe bastato, dice questo autore, stabilire che la sentenza dichiarativa di fallimento tiene luogo, in caso di revoca di pagamenti cambiarî fatti al possessore che conoscesse lo stato di fallimento, di protesto agli effetti di mantenere l'azione cambiaria „. Noi veramente, pur ritenendo giustificabile la disposizione dell'articolo 711, non vediamo la importanza di ciò che propone il Calamandrei; in quanto che è a ritenersi che il pagamento dell'effetto cambiario avvenuto quando la legge non lo permetteva, causa un lucro al possessore della cambiale, qualunque sia la sua posizione; se egli conoscendo lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il suo obbligato, ciò non ostante, venuta a scadenza la cambiale, ne accettò o ne pretese il pagamento, mentre sapeva della condizione non giuridica di tale atto, segno è che volle, di fronte a tutti gli altri concreditori, avvantaggiarsi indebitamente e quindi, se, quando sarà contro di lui esperita l'azione di revoca del ricevuto pagamento, egli non potrà più protestare l'effetto cambiario, nè ripetere dagli altri obbligati, *imputet sibi*, perchè la frode ricade intera su di lui. Il possessore della cambiale non può rifiutare il pagamento offertogli a scadenza dal debitore, dice il Calamandrei; ma qui conviene fare una distinzione: o il possessore della cambiale conosceva lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il debitore e quindi, non potendo accettare il pagamento poteva, a buon diritto, considerare come impossibile il pagamento stesso e quindi ritenersi autorizzato al protesto dell'effetto in tempo utile: o non conosceva tale condizione del debitore, accettato il pagamento e provata la propria buona fede, allora che lo si minacci di revocare il paga-

(1) V. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 381-382.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 189, n. 218.

mento, la sua condizione sarà completamente giustificata e buona di fronte a chiunque. Quindi, la disposizione dell'articolo 711, salvaguarda il carattere mobilissimo degli effetti cambiarî, ridotti alla condizione di una speciale carta-moneta, e conserva nei limiti dell'equità i diritti dei creditori cambiari diretti o derivati, così come era conveniente di fronte alle innovazioni introdotte nella materia del fallimento.

Per l'applicazione dell'articolo 711, e questo si ricava dal suo contesto, è necessario che ricorrano le speciali condizioni delineate in esso; le quali sono principalmente:

le cambiali sieno state pagate in danaro dopo la cessazione dei pagamenti e prima della sentenza dichiarativa di fallimento; la posteriorità alla data della cessazione dei pagamenti lega l'articolo 711 all'articolo 709; e la anteriorità alla sentenza dichiarativa del fallimento, assicura dalle disposizioni dell'articolo 707 che comminano la nullità assoluta; la anteriorità e la posteriorità considerate dall'articolo 711, devono concorrere, perchè come la posteriorità alla sentenza dichiarativa di fallimento basterebbe per rendere assolutamente nullo il pagamento dell'effetto cambiario, la sola anteriorità alla data della cessazione non avrebbe, come non può avere, effetto di sorta;

la cambiale deve essere stata pagata dopo la scadenza: oppure è questa una condizione non contemplata dall'articolo in esame? Il Calamandrei risponde affermativamente; così pare a noi. L'art. 711 non considera che la cambiale sia o no venuta a scadenza, sta al fatto palpabile dell'avvenuto pagamento, e, concorrendo le altre condizioni, lo ritiene revocabile. L'articolo 707 è inapplicabile nel caso della cambiale non scaduta, perchè ivi, oltre non parlarne affatto, si commina la nullità contro gli atti fatti dopo la sentenza dichiarativa del fallimento: non è applicabile il numero 3 dell'articolo 709, perchè ivi si parla solo di debiti scaduti ed esigibili; solo, se il pagamento avvenne nei 10 giorni precedenti la dichiarazione giudiziale del fallimento, sarà applicabile l'ultimo alinea dell'articolo 709; ma se si ritenga non bastevole agli effetti di colpire di nullità il pagamento di una cambiale non per anco scaduta, non v'è dubbio che all'uopo soccorre l'articolo 708 con la genericità della sua disposizione;

la azione per la restituzione del denaro, nel caso in cui un'azione di revoca possa intentarsi, deve essere esperita solamente contro l'ultimo obbligato in via di regresso; questa locuzione usata dal legislatore del 1882 deve considerarsi, *mutatis verbis*, la stessa di quella che vedemmo nell'art. 557 del Codice cessato; cioè " *l'ultimo obbligato in via di regresso* „ è " *colui per conto del quale fu tratta la lettera di cambio* „: non è, tuttavia, negata a quello contro il quale si esperisce l'azione revocatoria, nessuna di quelle prove che possono esimerlo dalla restituzione, come nessuua di quelle azioni che potesse contro gli eventuali suoi coobbligati esperire;

da ultimo, la condizione per cui può aver luogo la azione per la restituzione del danaro, è che il possessore della cambiale, che ricevette il pagamento, conoscesse lo stato di cessazione dei pagamenti in cui versava il suo debitore; questa è la *condictio fraudis* essenziale alla esperibilità della azione: e la prova della non ignoranza dello stato economico del debitore, deve essere fornita dall'attore nella intentata azione, in appoggio della presunzione, *juris tantum*, di frode, che colpisce il convenuto; e ciò in applicazione della regola generale che impera in questa materia nei contratti a titolo oneroso: la prova della frodolenza sarà, poi, data dal curatore del fallimento nell'interesse della massa (1).

(1) VIDARI, op. cit., vol. VII, pag. 286, § 4468; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 191, n. 223.

104. *L'art.* 712 — *Commento.* — Le persone che hanno causa del commerciante fallito sono, per l'articolo 712 del Codice di commercio, il coniuge, i figli e gli eredi di lui; subentrando, una volta morto il commerciante diggià dichiarato fallito, o tale dichiarato dopo la di lui morte, nelle ragioni del loro autore, a tutela dei propri interessi, possono presentarsi o farsi rappresentare per supplire il defunto nella formazione del bilancio, nell'esame dei libri e nella procedura del fallimento. La stessa disposizione era contenuta nell'art. 586 del cessato Codice; solamente in luogo della locuzione "*nella procedura del fallimento*„ eravi l'altra "*in tutte le altre operazioni del fallimento*„ sostanzialmente la stessa. Questa facoltà accordata dal patrio legislatore agli aventi causa del defunto e fallito commerciante — e si deve parlare di facoltà, di diritto, non di dovere, di obbligo — intende a tutelare gli interessi materiali del patrimonio del fallito unitamente all'interesse morale a quello inerente; tale sarebbe la onorabilità del marito, del padre o del parente, che debba risortire pura di macchie e di sospetti meno che onesti, dalla dolorosa *via crucis* degli interessi patrimoniali della abbandonata eredità. La disposizione dell'art. 712 parla del coniuge, dei figli e degli eredi del defunto commerciante; ciò vuol dire che il legislatore distingue queste persone e nella qualità che ad ognuna di esse riconosce, accorda la facoltà di cui si tratta. Sicchè ai figli ed al coniuge non è d'uopo della qualità di erede per valersi del diritto di intervenire nella compilazione del bilancio, nell'esame dei libri, e nella procedura del fallimento, come l'erede non ha d'uopo, per quello stesso scopo, della qualità di figlio o di erede; così pure all'uso della concessa facoltà non è richiesto il concorso di questi estremi di cui parla il legislatore.

Dall'articolo 712 non sono accordate agli aventi causa del deceduto commerciante, azioni per la tutela di interessi che possano, eventualmente, essere controversi nella procedura del fallimento; ma è solo un diritto di sorveglianza che viene concesso, diritto illimitato nel tempo, come quello che ha fine soltanto allora che si chiude il fallimento.

TITOLO II [1]

DELL'AMMINISTRAZIONE DEL FALLIMENTO

CAPO I.

Delle persone preposte all'amministrazione del fallimento.

Art. 713.

L'amministrazione del fallimento è esercitata da un curatore nominato dal tribunale, colla sorveglianza di una delegazione dei creditori e sotto la direzione del giudice delegato.

Essa si propone la conservazione e la liquidazione dei beni del fallito e la ripartizione di essi tra i creditori.

Sommario.

105. *Del curatore.*
106. *Delegazione dei creditori.*
107. *Direzione del giudice delegato.*
108. *Scopo dell'amministrazione del fallimento.*

105. *Del curatore.* — Il Codice di commercio del 1865, cessato, affidava l'amministrazione della fallita ai sindaci sotto la sorveglianza del giudice delegato (Capo IV, Libro III, tit. I). Nell'intento di semplificare il complesso organismo amministrativo che col sistema dei sindaci si stabiliva, il legislatore del 1883 ha raccolte nelle mani di un solo amministratore le molteplici funzioni già prima devolute ai sindaci, dandogli nome di curatore del fallimento con funzioni simili a quelle di coloro i quali " amministrano il patrimonio di altre persone incapaci, e sull'esempio della nomenclatura

(1) Cominciando da questo Titolo della materia del fallimento secondo l'attuale Codice di commercio, non potendo il chiarissimo signor prof. Leone Bolaffio proseguire nello incominciato Commento, ne abbiamo, d'accordo collo stesso signor prof. Bolaffio, affidato il proseguimento al signor avv. Masè-Dari. *(Nota degli Editori).*

adoperata dal nuovo Codice di commercio del Belgio „ (1).

Il curatore che viene rivestito delle funzioni attribuitegli dal titolo II, sezione I, dell'attuale Codice di commercio non è a confondersi col curatore provvisorio, creato da un provvedimento del tribunale nella sentenza dichiarativa del fallimento; il curatore di cui si parla all'art. 713 è, sopratutto, il definitivo amministratore del patrimonio del fallito, e vedremo nella trattazione dei seguenti articoli, quali sieno i suoi obblighi, quali le sue funzioni e quali i suoi diritti.

106. *Delegazione dei creditori.* — L'amministrazione della sostanza del fallito essendo fatta a vantaggio dei creditori di costui, è troppo giusto che ai creditori sia riconosciuto un diritto preeminente sulla amministrazione stessa, diritto che si concreta nella sorveglianza ad essi accordata sulla gestione della fallita condotta dal curatore.

Allo scopo di rendere meno intralciata e gravosa, tanto per i creditori quanto per il curatore, questa sorveglianza, la massa dei creditori è tenuta a scegliere nel suo stesso seno tre o cinque suoi rappresentanti, o delegati ai quali è appunto affidato il còmpito della sorveglianza di cui si discorre. Nel cessato Codice non esisteva alcun istituto che si possa confrontare con la delegazione dei creditori, alla quale è dedicata dall'attuale Codice tutta la seconda sezione del titolo II, sull'amministrazione del fallimento.

107. *Direzione del giudice delegato.* — A garanzia di un'equa ed onesta gestione al curatore viene, unitamente che alla delegazione dei creditori, imposta una direzione superiore esercitata dall'autorità giudiziaria per rendere attiva e spiccia più che sia possibile l'amministrazione; questa ingerenza dell'autorità giudiziaria viene esercitata dal giudice delegato, il quale ha una autorità in certo modo illimitata, per quanto tutte le sue azioni debbano essere subordinate all'interesse della massa dei creditori; e si estende fino, come vedremo, alla revoca del curatore e alla revoca e nuova elezione dei membri della delegazione dei creditori proposte, senz'altro, d'ufficio. Però è a notarsi che il giudice delegato ha anche lo scopo di tutelare dalla rapacità dei creditori i beni del fallito e quindi la direzione sua assume un carattere particolare di contrappeso, per così dire, all'influenza che possa esercitare la delegazione dei creditori sul curatore a proprio benefizio.

108. *Scopo dell'amministrazione del fallimento.* — L'amministrazione del fallimento si propone l'adempimento di tutti quegli atti che possano ritenersi utili o necessari sia nell'interesse del fallito che nell'interesse della massa dei creditori. Questi atti di amministrazione sono principalmente la conservazione dei beni del fallito, e ciò con allontanare tutte quelle cause che ponno portare una diminuzione od una decapitazione qualsiasi del patrimonio stesso: la liquidazione dei beni, cioè una specie di epurazione di tutto ciò che non figura come concreto patrimonio, per ridurre ad uno stato di fatto e di palpabilità l'ammontare di questo patrimonio del fallito; la ripartizione del patrimonio così realizzato fra i creditori, secondo quelle ragioni che risultano dai diritti di ognuno dei creditori combinati coi diritti simili di tutta la massa. Ognuna di queste tre principali funzioni riceve nel Codice una speciale trattazione, e sarà, per noi pure, argomento ad un'ampia elucidazione dei principii su cui questi atti si fondano, del modo con cui ad essi si addiviene, dei vari ostacoli che vi si frappongono, dei singoli diritti e dei singoli doveri che nascono in queste funzioni amministrative.

(1) Relazione MANCINI-PASQUALI.

SEZIONE I.

DEL CURATORE

Art. 714.

Il curatore è scelto dal tribunale tra persone estranee alla massa dei creditori, che non siano parenti od affini del fallito sino al quarto grado inclusivamente.

Sommario.

109. *Il curatore del Codice attuale e i sindaci del cessato Codice; le disposizioni transitorie.*
110. *Figura giuridica del curatore.*
111. *Scelta del curatore fra gli estranei alla massa dei creditori.*
112. *Parentela col fallito.*

109. *Il curatore del Codice attuale ed i sindaci del cessato Codice; le disposizioni transitorie.* — L'amministrazione del fallimento era devoluta, secondo il Codice di commercio del 1865, ai sindaci; i quali, in numero non maggiore di tre (art. 569), erano nominati, non dalla massa dei creditori riunitisi nanti il giudice delegato, ma dal tribunale, veduti il processo verbale dell'adunanza dei creditori e lo stato dei creditori presunti, sulla relazione del giudice delegato che presiedette l'adunanza e ne fece verbalizzare le avvenutevi discussioni (art. 567-568). Importantissima innovazione e miglioramento segna invece la istituzione del curatore portata dal Codice nuovo; tanto più che in nessun altro Codice europeo o di nazioni civili dei continenti transoceanici, si riscontra una così precisa designazione della persona unica cui si addossi il carico e la responsabilità dell'amministrazione della fallita. Il Codice belga, che è in Europa forse il solo che si avvicini sensibilmente alla legislazione commerciale italiana, parla bensì di curatori del fallimento (art. 455-546), ma oltre che avere portata soltanto una innovazione di parole sul Codice francese e sull'istituto dei sindaci, ha limitate le funzioni di questi alla sola gestione materiale della fallita, e li tiene ben distinti dai liquidatori giurati, fra i quali però ordina sieno scelti i curatori. Il Codice spagnuolo parla di un depositario dei beni del fallito, nominato dal tribunale (art. 1044); ma questo depositario non è a confondersi, per quanto abbia un *nomen juris* somigliante, col nostro curatore, le cui funzioni sono invece disimpegnate dai tre sindaci (art. 1068 a 1078). Parla invece di curatori il Codice portoghese (art. 1155), ma ne stabilisce parecchi senza precisazione di numero. La legge inglese sulla fallita (art. 14) stabilisce che l'adunanza dei creditori, convocata dalla Corte competente, nomini alcun individuo idoneo, creditore o no, perchè assuma l'uffizio di sindaco o di amministratore del patrimonio del fallito; questa persona però, è chiamata *sindaco* ed ha poteri stabiliti precisamente dai capoversi dello stesso articolo.

Il principio per cui i beni del debitore sono la garanzia dei diritti del creditore, è la base su cui si erige il sistema dell'amministrazione dei beni del fallito per conto

e per diretta ingerenza della massa dei creditori. All'amministrazione del fallito sottentra, e nell'interesse reciproco del fallito stesso e in quello dei creditori, una persona, che estranea alla massa dei creditori e non legata da alcun rapporto di parentela, almeno fino ad un determinato grado, con il fallito, è detta curatore nel Codice attuale, sindaco, come abbiamo veduto, nel Codice estinto ed in non pochi Codici di commercio tuttavia vigoreggianti nelle nazioni d'Europa.

Il curatore sottentra *immediatamente* nell'amministrazione al fallito, per togliere così ogni interruzione amministrativa nel patrimonio devoluto alla soddisfazione dei creditori, allontanando ogni pericolo di sperpero. Sicchè, fino al momento in cui il curatore, provvisorio o definitivo, non venga preposto all'amministrazione, spetta al fallito l'adempimento di tutti quegli atti che possono arrecare vantaggio al patrimonio suo, e quindi agli interessi della massa dei creditori (1); tuttavia è a notarsi, che sono soltanto legittimi e non impugnabili dalla massa dei creditori, gli atti fatti dal fallito, nel tempo in cui ebbe l'amministrazione del suo patrimonio, i quali tutelano le ragioni di tutta intera la massa e non di questo o di quel creditore isolato, danneggiando per tal guisa i diritti degli altri.

Gli autori sogliono, confrontando l'istituto dei sindaci del Codice cessato col novello istituto del curatore, rimproverare a quello l'ambiguità della scelta che poteva volgersi a persone estranee alla massa dei creditori così come a persone partecipi di quella massa; dal che derivava poi l'abitudine dei creditori, di solito persone gravate d'affari, di preferire l'amministrazione affidata alle persone estranee, piuttosto che sobbarcarsi al còmpito di quell'amministrazione; poi la pluralità degli amministratori, sindaci, il cui numero poteva estendersi fino a tre, causando per tal guisa una diminuzione di responsabilità per ognuno di essi con grave danno dell'amministrazione e degli interessi della massa dei creditori: poi riscontravano, e questo fu rimarcato anche dalla commissione per gli studi preparatori del nuovo Codice di commercio, che la denominazione di sindaco accordata all'amministratore del fallimento, poteva ingenerare una certa confusione con l'autorità amministrativa comunale rivestita del titolo e della carica omonima oltre che con altri funzionari di cui, collo stesso appellativo, trattava sotto altri istituti il Codice di commercio, sicchè non potendo mutarsi quest'ultima denominazione era necessario mutarla all'amministratore della fallita. È indubbio che la scelta dell'amministratore del fallimento, limitata dal Codice nuovo ad una sola persona e questa estranea alla massa dei creditori e non legata da stretti vincoli di parentela col fallito, offre assai maggiori garanzie che non il sindacato dell'estinto Codice: la responsabilità del curatore è precisata, insuscettibile di partizione, e quindi di diminuzione, idonea a rendere più efficace l'attività della persona scelta a quell'incarico e, sopratutto, meno adatta a subire illecite pressioni sia in favore del fallito che in favore della massa: l'amministrazione risente da ciò, fra gli altri, il non trascurabile vantaggio di essere resa più solerte e più semplice. Ma, per vero, sembra un po' troppo puerile l'altra ragione addotta in suffragio della denominazione, non della istituzione nuova, dell'amministratore della fallita; giacchè nessuno mai, vigente il Codice antico di commercio, potè pensare che si parlasse della suprema autorità amministrativa comunale, quando si trattava della nomina e delle funzioni del sindaco del fallimento: mentre più seria si presenta un'altra ragione, che vediamo trascurata dai trattatisti, e cioè che

(1) Cfr. VIVANTE, op. cit., vol. VIII, pag. 323.

'affinità dell'amministrazione del patrimonio del fallito, che acquista la figura di un inabilitato alla gestione de' proprî affari, coll'amministrazione patrimoniale del minore, dell'inabilitato a mente del Codice civile, gerita da un tutore, da un curatore, svolgendosi nell'amplissimo campo del giure civile, inteso come il complesso delle leggi giuridiche di un popolo, rendeva più adatta una simile denominazione basata sulla somiglianza delle funzioni amministrative. Di fatto, il fallito è veramente allontanato dai proprî beni con una tacita interdizione, che ha la sua origine nel sospetto di sperpero che egli possa fare de' beni assunti in garanzia delle ragioni dei creditori, sospetto avvalorato da tutta quella serie di fatti di cattiva amministrazione, nella generalità dei fallimenti, imputabile all'attuale fallito: ed alla guisa stessa che all'interdetto, per forza del Codice civile, si nega una indipendente ingerenza nella gestione de' proprî affari, per tutelare gli eventuali diritti de' parenti dell'interdetto o inabilitato, o per togliere lo sconcio di un immorale sciupio di beni, così al fallito per tutela degli interessi dei creditori si divieta la gestione ulteriore del proprio patrimonio e gli si surroga una persona terza, l'antico sindaco o l'odierno curatore.

Per regolare i conflitti, che potevano nascere nell'applicazione delle disposizioni del nuovo Codice di commercio, in riguardo ai fallimenti la di cui processura fosse di già avanzata, secondo l'istituto del fallimento e del sindaco amministrativo stabiliti dal Codice di commercio del 1865, l'articolo 76 delle *Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice di commercio* del 1883, stabilisce:

" Art. 16. Gli effetti delle dichiarazioni di " fallimento pronunziate prima dell'attua- " zione del nuovo Codice, sono regolati dalle " leggi anteriori.

" Le disposizioni del nuovo Codice ri- " guardanti le forme del procedimento en- " trano immediatamente in vigore, se nel " giorno dell'attuazione stessa non sono an- " cora nominati i sindaci definitivi, e il tri- " bunale, con ordinanza da pubblicarsi nei " modi stabiliti nell'articolo 912, deve dare " senza indugio le disposizioni prescritte " nell'art. 691. A questo effetto il ruolo or- " dinato nell'articolo 715 del nuovo Codice " deve essere per la prima volta formato e " trasmesso ai presidenti dei tribunali ivi " indicati almeno 5 giorni prima dell'attua- " zione di esso.

" Se i sindaci effettivi sono già nominati, " si applicano le leggi anteriori sino alla " completa verificazione dei crediti.

" Per il procedimento ulteriore si osser- " vano le disposizioni del nuovo Codice, e se " i creditori sono già in istato d'unione il " giudice delegato deve convocarli il più " presto possibile, per la nomina della dele- " gazione di sorveglianza e per proporre od " eleggere il curatore.

" Le disposizioni degli articoli 737 e 914 e " dei due ultimi capoversi dell'art. 800, " e quelle dell'art. 741 concernenti l'ese- " cuzione dell'inventario da spese e tasse, " come pure le disposizioni del capo III, ti- " tolo VI, libro III del nuovo Codice, si appli- " cano anche ai fallimenti dichiarati prima " dell'attuazione di esso.

" I sindaci che per effetto delle disposi- " zioni precedenti cessano dall'ufficio devono " rendere il conto della loro gestione al cu- " ratore coll'assistenza della delegazione dei " creditori, e consegnargli il patrimonio e " le carte del fallimento „.

Si raccoglie da queste disposizioni, che quando il fallimento sia scoppiato, imperante il Codice di commercio ora cessato, e la dichiarazione di fallimento sia stata pronunziata dal tribunale a norma della procedura di quel Codice, pur tuttavia se non sono ancora stati nominati i sindaci definitivi, il tribunale, a mente degli art. 713 e 714 Codice nuovo, nomina un curatore al fallimento: indi, la ulteriore procedura di tutti gli atti risguardanti la gestione del

patrimonio del fallimento viene fatta a norma delle disposizioni idonee sancite nel Codice attuale di commercio. L'applicazione integra dell'art. 568, primo comma, del Codice di commercio 1865, veniva quindi esclusa e sostituita dalle disposizioni relative all'amministrazione della fallita a norma del nuovo Codice: al sindaco provvisorio, cioè, non poteva venire più sostituito il sindaco definitivo, ma invece succedeva il curatore definitivo che dalle mani del sindaco provvisorio riceveva la gestione della fallita, il resoconto dell'amministrazione gerita dal sindaco o dai sindaci, e tutti quei documenti che per essere legati al patrimonio della fallita o relativi alla amministrazione od agli interessi di quella, potessero aver nesso coi diritti increnti al patrimonio del fallimento. Il nuovo organismo della delegazione dei creditori interviene, calcolatamente, ad assistere il curatore per la trasmissione della gestione da parte dei sindaci, allo scopo di tutelare gl'interessi della massa dei creditori nella eventualità che qualche danno potesse scaturire per quelli dalla trasmissione: e così, con tale evidente affermazione della legge nuova, entra in piena azione la procedura stabilita per ciò che riguarda il curatore.

110. *Figura giuridica del curatore.* — Se noi indaghiamo, guidati dalla conoscenza dei principî generali del diritto e dei rudimenti dei vari istituti che vediamo stabiliti nelle nostre leggi civili, la nuova cronomia della amministrazione del fallimento, possiamo formarci un'idea precisa ed adeguata della figura giuridica rivestita dal curatore del fallimento.

Egli è fuor di dubbio che il curatore assume giuridicamente la figura di un mandatario, e di un mandatario giudiziale in forza della particolare procedura tribunalizia con cui egli viene eletto. Il mandato suo è di gestione d'affari, d'amministrazione, e per questo deve, evidentemente, rappresentare un mandante preciso, definito ed unico, non potendosi intendere che il mandatario contemporaneamente rappresenti persone od interessi fra cui può esservi conflitto. Ma sulla qualità delle persone che possono essere rappresentate dall'amministratore della fallita, sindaco o curatore, è assai varia l'opinione dei trattatisti. In Germania, quantunque le opinioni sieno combattute volta per volta con accanimento, tuttavia prevale, nella dottrina, quella secondo cui l'amministratore " *verwalter* " rappresenti solamente il fallito (1). I seguaci di questa opinione ragionano in questa guisa: l'amministratore sottentra nella amministrazione patrimoniale al fallito, il quale rimane, giuridicamente, proprietario di quel patrimonio devoluto alla soddisfazione dei creditori: l'amministratore per la tutela degli interessi del fallito, può opporsi davanti al tribunale perchè non si esegua una deliberazione che, presa dai creditori, può, tuttavia, essere contraria all'interesse della massa: l'amministratore si trova di fronte la delegazione dei creditori, la quale lo sorveglia, non altrimenti che se fosse il fallito stesso, allo scopo di costringerlo a non favoreggiare il suo rappresentato in modo da danneggiare gl'interessi della massa. Invece l'opinione che, dopo codesta, trova maggior numero di propugnatori, è quella secondo la quale l'amministratore rappresenterebbe la massa ed il fallito ad un tempo: la massa, perchè appunto egli si sostituisce al fallito per allontanare ogni possibilità che costui dolosamente storni una parte dei suoi beni che sono la garanzia dei creditori: il fallito, perchè i creditori non abusino della loro condizione, rendendo più difficile l'accertamento delle ragioni di credito, e peggiorando, per malignità, la già

(1) SARWEY, *Kommmentar Handelsrechts*; PETERSEN, *Kommentar*, ecc.; WENGLER, *Kommentar*, ecc.: MANDRY, *Der civilrechtliche Inhalt der reichsgesetze*.

triste condizione del fallito. In Francia il Massé (1) dice che gli amministratori della fallita, " *les syndics* „, rappresentano la massa dei creditori e che il giudice delegato, " *le juge commissaire délégué* du tribunal de commerce „, sorveglia questi amministratori nell'interesse di tutti. Il Pardessus (2) opina che i sindaci rappresentino contemporaneamente la massa dei creditori ed il fallito; " gardiens de l'actif de la faillite, ils doivent le défendre non seulement contre les tiers, mais encore contre le failli lui-même, si l'intérêt de la masse l'exigeait: en un mot, faire continuer et achever tout ce qui a dû être ou a été commencé par les agents..... Mais il ne faut jamais perdre de vue que leurs droits sur l'actif ne sont que ceux de simples administrateurs „. Secondo Bravard-Veyrières et Demangeat (3), ed è questa un'opinione d'una saliente originalità, gli amministratori della fallita, sindaci, in effetto rappresentano " ou bien l'intérêt commun des créanciers et du failli, ou bien l'intérêt particulier du failli, ou, bien sur, l'intérêt de la vindicte publique „. Una simile opinione non la troviamo sostenuta in Germania da nessun trattatista; ma sembra che in Francia, prima del Bravard-Veyrières e del Demangeat, fosse accennata, avanti le modificazioni arrecate dalla legge 1838 al Codice di commercio 1808 in materia di fallimenti, a proposito della istituzione degli agenti provvisori, anche dal Boulay-Paty. Il Bravard giustifica questa triplice rappresentanza interpretando, ed alla lettera e secondo lo spirito, le disposizioni del Codice di commercio francese, circa le attribuzioni dei sindaci provvisori e dei sindaci definitivi. Per riguardo all'interesse della massa dei creditori e del fallito, l'autore in disamina accenna a tutti quegli atti amministrativi che si possono dire conservativi, come ad esempio: la interruzione delle prescrizioni; per riguardo all'interesse particolare del fallito, sono a ritenersi fatti e l'inventario della sostanza mobile del fallito e la proposta della quantità di danaro da assegnarsi al fallito per gli alimenti suoi e della sua famiglia, e infine tutte quelle speciali provvisioni proposte od adottate per garantire al fallito una esatta amministrazione del patrimonio ed un'equa tutela de' suoi diritti; per riguardo all'interesse morale della società, " *l'intérêt de la vindicte publique* „, i sindaci operano quando ricercano e segnalano al Pubblico Ministero tutti quei dati od elementi di fatto che indicano la frodolenza nel fallimento e che perciò richiedono un procedimento penale. Sembra a noi che anche di fronte al diritto commerciale francese non sia accettabile quell'ultima attribuzione di funzione che il Bravard-Veyrières addossa al sindaco; giacchè il giudice delegato, oltre che per tutelare l'andamento secondo giustizia e nei limiti della legge commerciale dell'amministrazione della fallita, è introdotto, nella gestione del fallimento, anche per sorvegliare che nessun fatto che possa costituire un reato venga, per pietà verso il fallito o per altri men nobili intenti, celato alla giustizia, e quindi il fallito sfugga ad una pena che volontariamente siasi al caso attirata. Il Renouard (4), dimostrando che il curatore o sindaco amministra nell'interesse del fallito, ragiona così: " ..... le failli ne devient pas, par la faillite, étranger aux biens dont l'administration est lui enlevée. Il conserve le caractère légal de propriétaire; et a un intérêt éventuel en cette qualité, au cas d'un reliquat d'actif après le payement des dettes; il a un intérêt actuel à ce que son

(1) *Droit commercial*, vol. IV, pag. 529, § 2686.

(2) *Cours de droit commercial*, vol. II, pag. 582, § 1175.

(3) *Traité des faillites et des banqueroutes*, parte 1ª, pag. 508. Paris, Maresoque ainé, 1864.

(4) *Des faillites et banqueroutes*, vol. I, pag. 414. Paris, 1844.

actif, même s'il doit définitivement demeurer inférieur au passif, soit du moins employé de manière à atteindre la plus grande étendue de libération proportionnelle à laquelle il pourra suffire. Il faut donc que les biens soient administrés dans l'intérêt du failli „. Ma poi pensa che non solo gli interessi del fallito sono in giuoco nell'amministrazione del patrimonio, ma anche gli interessi della massa dei creditori a seconda della intensità giuridica del loro diritto, e della società; quanto al dubbio del reato possibile, così prosegue: " La masse des créanciers d'une part, le failli d'autre part, ne sont pas les seuls intéressés à la bonne gestion de la faillite. Les créanciers hypothécaires et privilégiés ont, sur certaines portions déterminées de l'actif, des droits légaux qui doivent être conservés. Il y a, de plus, un intérêt social et d'ordre public engagé dans l'examen de la conduite et de la gestion du failli. Il faut donc que l'administration de la faillite soit exercée dans l'intérêt de la société et de la loi „.

" Les personnes appelées à gérer la faillite sont donc investies d'un triple devoir, et doivent simultanément représenter la masse des créanciers, le failli et la loi „. Come si vede, il Renouard appoggia l'opinione del Bravard-Veyrières; però bisogna distinguere fra questi due autori, che il Renouard riduce a ben poca cosa la rappresentazione della legge e della società nella persona del giudice delegato " un représentant appelé à surveiller, dans tous leurs détails, chacune des opérations de la faillite „, rispettando anche per tal guisa quella divisione dei poteri che in molte legislazioni non ha avuto per nulla il riguardo che le era dovuto. Una specialissima facoltà accordata all'amministratore del fallimento è quella sancita al sindaco dalla legge inglese sulla fallita, art. 64, § 1, secondo la quale il sindaco può far cooperare all'amministrazione del suo patrimonio anche il fallito (1); questo riconoscimento di un diritto del fallito, del suo diritto patrimoniale, ha la sua giusta e lodevole ragione nel fatto che il fallito conserva anche dopo dichiarato il fallimento, la intellettuale proprietà del patrimonio per quanto esso sia devoluto al pagamento dei crediti gravanti sulla massa patrimoniale: tanto che se risulti un residuo dopo soddisfatti i creditori questo ricade senza alcuna opposizione in favore del fallito, e la legge inglese sancisce questo espressamente nel suo articolo 65 (2). La giurisprudenza francese non ammette, invece, che gli amministratori del fallimento sieno rappresentanti della legge o dei creditori, ma unicamente lo afferma " représentant légal du failli„ (3). Invece il Calamandrei ritiene che " in Italia e in Francia la giurisprudenza è quasi concorde nel ritenere che l'amministratore di un fallimento rappresenta la massa in ogni caso, e il fallito rispetto ai beni caduti nel fallimento, e quando i suoi interessi non siano in opposizione con quelli della massa, come sarebbe nel caso di annullamento di atti frodolenti „ (4). Però tale concordia di

(1) Art. 64, § 1: " Il sindaco, con la autorizzazione del Comitato di sorveglianza, può incaricare il fallito sia di sorvegliare l'amministrazione dei suoi beni o di una parte di questi, sia di continuare il suo commercio nel vantaggio dei suoi creditori, ed in ogni caso di aiutarlo nella amministrazione dell'attivo nel modo e tempo fissati dal sindaco „.

(2) Art. 65: " Il fallito avrà diritto all'eccedente che rimanga, fatto l'intero pagamento dei creditori in capitale ed interessi conformemente alle disposizioni della presente legge e dopo saldate le spese, compensi ed esposti di procedura „.

(3) RUBEN DE COUDER, *Diction. de droit comm.*, vol. IV, v° *Faillite*. Vedi *Syndics*, numeri 136, 193, 199, 204 e seg.; 233, 283 e seg.; 292, 326, 328, 344, 407 e seg.; 411 e seg.; 465, 474, 484, 515, 523 e seg.; 528, 530, 557 e seg.; 563, 567, 577, 584, 587 e seg.; 595 e seg.; 605, 610, 653, 727, 995, 1008, 1019, 1021, 1026 e seg.; 1082 e seg.; 1059, 1100, 1110, 1122, 1124, 1127 e seg.; 1133, 1136, 1178, 1189 e seguenti.

(4) *Del fallimento*, vol. I, pag. 197, § 233. Torino, 1883.

queste due giurisprudenze a noi non fu dato riscontrarla. Anzi, il Boistel, basandosi sulla giurisprudenza francese, dice che i sindaci sono i rappresentanti del fallimento: « ce sont eux qui font tous les actes nécessaires pour arriver à la solution de la faillite » (1). Il Bedaridde, invece, accorda ai sindaci la rappresentazione uguale della massa dei creditori e del fallito perchè: « ..... les pouvoirs de la masse, ceux du failli se concentrent sur leur tête, et c'est cette double qualité que leur confère le jugement qui les a délégués. Ainsi: ils représentent le failli, dont ils ont les actions actives et passives; ils sont au même titre les représentants de la masse pour tout ce qui concerne la faillite..... Les syndics ont seul le droit d'intenter toutes actions et de défendre à toutes demandes non seulement au nom du failli contre ses débiteurs ou créanciers, mais encore au nom de la masse contre les créanciers qui auraient individuellement des prétentions à faire valoir ou des priviléges à réclamer contre elle » (2). Teoricamente il Calamandrei (3) opina che possa: « più giustamente dirsi il curatore mandatario esclusivamente della massa dei creditori; poichè l'amministrazione da lui tenuta dei beni del fallito non è tenuta se non che nell'interesse principale della massa ». Il Vidari (4) non dice quale persona e quali interessi rappresenti, secondo lui, il curatore del fallimento; tuttavia, dal complesso della trattazione che l'egregio commercialista fa della materia concernente l'amministrazione del fallimento, può ricavarsi che, a suo vedere, il curatore rappresenta il fallito « perchè al fallito sottentra immediatamente il curatore nella amministrazione » e rappresenta anche la massa dei creditori perchè il curatore « deve astenersi da tutto ciò che può arrecar danno alla massa... tanto più che... la legge sul fallimento deve proporsi di garantire in principal modo gl'interessi dei creditori... ». Secondo gli atti della Commissione del 1869 per li studi preparatori del nuovo Codice di commercio, il curatore è istituito « per l'interesse generale della legge e per quello speciale dei creditori e degli altri interessati nel fallimento... » Una sentenza d'Appello di Firenze, pronunciata sotto il regime commerciale del Codice del 1865 e ripetuta, quanto alla massima, nel 1884 in rapporto al nuovo Codice, stabilisce che « il curatore che sotto la sorveglianza dei creditori e sotto la direzione del giudice delegato esercita l'amministrazione del fallimento, non è esclusivo rappresentante del fallito, ma è pure rappresentante ed agisce nel nome e nell'interesse dei creditori » (5). Noi opiniamo che il curatore rappresenti, preponderantemente, il fallito, nell'amministrazione del cui patrimonio, devoluto alla garanzia dei diritti della massa dei creditori, egli subentra allo stesso fallito, che viene ad assumere di fronte ai beni del fallimento la figura di un giudiziariamente inabilitato. Nell'istituto dei sindaci nel cessato Codice era evidente che questi rappresentavano più i creditori, dai quali venivano additati alla nomina del tribunale, che il fallito; tanto più che non essendovi l'istituzione della delegazione dei creditori per sorveglianza dell'amministrazione, la sola e valida garanzia offerta alla massa dei creditori era quella di amministrare o far amministrare quasi in conto proprio quel patrimonio che poi deve distribuirsi a loro in ragione dei loro diritti. Ma la delegazione dei creditori, istituto nuovo, proprio al Codice attuale, si con-

(1) *Précis du droit comm.*, pag. 697 et passim. Paris, 1878.

(2) BEDARIDDE, *Des faillites et banqueroutes*, vol. I, pag. 396. Paris, 1862.

(3) Op. e vol. e pag. citate.

(4) Op. e vol. cit., pag. 323-324.

(5) Appello di Firenze, 1875; id., 27 novembre 1884, Fallita Pagani contro Ditta Panerai, *Legge* I, 233.

trappone, evidentemente, al curatore nello intento diretto d'invigilare acchè egli non propenda più all'interesse del fallito, di cui amministra i beni, che all'interesse dei creditori; tanto è ciò vero, che a questi compete sempre il diritto di domandare la revoca dell'attuale curatore, come sospetto, e la surrogazione di altro amministratore di loro fiducia. Tuttavia è evidente che il curatore, sia pure rappresentante del fallito ed amministri nel costui interesse, non potrà mai agire in modo che la tutela del patrimonio del fallito lo porti a danneggiare comunque gl'interessi della massa dei creditori.

111. *Scelta del curatore fra gli estranei alla massa dei creditori.* — L'articolo 714 del nuovo Codice di commercio, con la precisa esclusione delle persone appartenenti alla massa dei creditori, ha innovato il criterio del Codice estinto, secondo cui, invece, il sindaco, l'attuale curatore, era di regola scelto fra i creditori stessi formanti la massa. Ma avveniva che tale facoltà, accordata tutta in favore degli interessati alla buona amministrazione del patrimonio della fallita, non fosse quasi mai usata per il fatto che, essendo i creditori, per la maggior parte, commercianti e riuscendo per questo a loro troppo gravoso il portare la propria attività nella amministrazione di beni che per una piccola parte potevano interessarli, preferivano nominare a sindaci persone estranee alla massa, le quali potevano assumersi, senza alcun detrimento dei propri interessi, l'amministrazione del fallito patrimonio; sicchè il Codice nuovo soppresse quell'oziosa facoltà e senz'altro stabilì che mai possa appartenere alla massa dei creditori la persona incaricata dell'amministrazione del fallimento, rivestita della carica di curatore. La disposizione dell'articolo 714, tuttavia, per quanto assoluta e tassativa, trova un correttivo nella disposizione dell'articolo 719, a mente del quale è fatta facoltà alla massa dei creditori, quando il definitivo curatore non amministrasse secondo il loro interesse o non godesse più la loro fiducia, di domandare al tribunale che " venga surrogato un curatore di loro fiducia, sebbene non compreso nel ruolo degli eleggibili od interessato nel fallimento „. Vero è, che parlando di interessato nel fallimento non è detto, esplicitamente, quale possa essere la natura di questo rapporto d'interesse colla fallita, ma si può ben immaginare che a nessun altro rapporto valevole d'interessi voglia alludere il legislatore, all'infuori di un rapporto di credito verso la massa patrimoniale del fallimento; tanto più che non può esservi allusione ad un indiretto interesse per rapporti di parentela, giacchè l'art. 714 esclude dall'incarico di curatore solamente i più stretti parenti del fallito, lasciando per tal guisa libera la scelta anche riguardo a quei parenti del fallito che non siano compresi nel quarto grado di parentela.

Qui si affaccia una domanda che per sè sola avviva un'elegante questione. Nella disposizione generica dell'articolo 714 che esclude dall'esercizio della cura del fallimento i creditori, confrontata con le accennate modificazioni portate a questa assoluta esclusione dal disposto, accennato più sopra, dell'articolo 719, è accettata od è esclusa la cura di un debitore del fallimento? Può darsi benissimo che fra gli iscritti del ruolo dei curatori di fallimenti, del quale verremo parlando più avanti, sianvi debitori del fallimento al quale trattasi di provvedere l'amministrazione; e può darsi che la scelta cada sopra uno di quei debitori. Basterà questo suo rapporto d'interessi con la fallita a renderlo inidoneo all'amministrazione ed a dare ai creditori il diritto di chiedere la sua esclusione da quell'ufficio, o la sua surrogazione? Il legislatore, ha trascurato tanto assolutamente questa fattispecie, da lasciare in balìa del momentaneo arbitrio dei creditori e del tribunale la decisione se o meno sia accettabile come curatore il debitore del fallito?

Secondo il Calamandrei (1) non v'è dubbio che il legislatore ha inteso escludere anche il debitore; e questa esclusione si deduce logicamente dall'inciso " interessato nel fallimento „ dell'articolo 719; per il quale è evidentemente provato, che la deroga da esso recata al principio dell'articolo 714, non è solamente ai creditori ed alla massa loro limitata, ma risale ad un principio generale più equo e più vasto, secondo cui si devono intendere per regola esclusi tutti i troppo direttamente interessati nell'amministrazione della fallita e solo per eccezione, quando ciò vogliano i creditori, si può chiamare alla cura del fallimento persona esclusa dall'articolo 714. Noi crediamo che il criterio del Calamandrei sia da accogliersi interamente; però ragioniamo più ampiamente di quello che faccia l'egregio autore. Ossia, l'articolo 714 parlando di " persone estranee alla massa dei creditori „ per sceglierle all'amministrazione della fallita, ha certamente inteso alludere non alla quantità numerica dei creditori, ma piuttosto alla quantità patrimoniale della fallita, cioè al complesso dei beni del fallito residuati dal fallimento e devoluti alla garanzia dei crediti dei singoli creditori; si vede così che ammettendo una tale personificazione della massa dei crediti nella massa dei creditori, l'esclusione dell'articolo 714 è assoluta tanto, che maggiormente non potrebbe esserlo; e questa incapacità d'amministrazione della fallita che la legge crea, non si sprigiona da quella cifra di legge solamente contro i creditori, ma anche contro tutti coloro che possono essere legati colla massa patrimoniale per un rapporto di dare o di avere. Di più, e questi sono argomenti non tratti dallo spirito e dalla lettera della legge, ma da quel vago principio di opportunità che sorvola più sui sistemi di diritto commerciale che su qualsivoglia fra gli altri, l'esclusione dei debitori della massa ha anche la sua ragione in una fortissima presunzione di sospetto di fronte alla futura amministrazione gerita da persona interessata nella fallita per fatto di un debito verso il fallito: può darsi che il debitore, come il creditore, nell'amministrazione trovandosi in occasione di scrutare tutte le forme e le sostanze di diritto e di fatto del patrimonio del fallito, sia trascinato a giovare al proprio interesse o sopprimendo le prove del debito od accrescendo quelle del credito; donde serî inconvenienti, danni e reati che la legge volle piuttosto evitare con una generale esclusione, che scrutare e punire per forza di pena quando si fossero commessi. E tale è il nostro avviso. Solo per eccezione si accorda, quando siavi il consenso favorevole di tutti i creditori, che si faccia uno strappo a questo principio generale e che anche uno interessato nel fallimento possa essere scelto all'ufficio di curatore, purchè goda la fiducia dei creditori e la domanda sia fatta dalla maggioranza richiesta per la validità del concordato.

112. *Parentela col fallito.* — Oltre la estraneità del curatore alla massa dei creditori, la legge impone come causa di esclusione dall'amministrazione del fallimento la parentela col fallito fino al quarto grado inclusivamente. Questa disposizione dell'attuale Codice di commercio è riportata per intero dal Codice Sardo 1865, ora cessato, articolo 569; il quale alla sua volta la toglieva dal Codice francese, articolo 463. Nessuno dei sindaci anche quando si passava, secondo la facoltà concessa dalla legge, ad eleggerne tre, doveva essere legato in parentela col fallito fino al quarto grado inclusivamente. La misurazione dei gradi di parentela, a mente dell'articolo 714 dell'attuale Codice di commercio, è la stessa che è sancita all'articolo 49 del Codice civile con la interpretazione dell'articolo 51; ed è la graduazione parentale accolta nei principî di

(1) Op. e vol. cit., pag. 207, § 296.

diritto romano " *tot sunt gradus quot sunt generationes, tot sunt generationes quot sunt personae dempto stipite* ". La parentela di cui parla il Codice commerciale è dunque una parentela consanguinea non per affinità; i tre rami per cui si legano i rapporti di parentela col fallito sono la linea ascendentale in cui si trovano compresi il padre, l'avo, il bisavo, il trisavo; la linea discendente in cui si trovano il figlio, il nipote *ex filio*, il pronipote *ex filio*, il trisnipote *ex filio;* la linea collaterale, il fratello e la sorella, i loro figli, i figli di questi e i nipoti loro; lo zio, il prozio, i cugini. Ma i cognati possono essere eletti curatori dei fallimenti de' proprî cognati e i cugini in terzo grado di quei falliti che abbiano con loro un simile legame di parentela; così pure il genero, il quale non può essere curatore del proprio suocero, non impedisce ai cognati della propria moglie di divenire curatori del padre di questa, che è il suo suocero; e tanto meno poi ai nipoti acquisiti col matrimonio è dalla legge impedito di assumere la cura di un fallimento che abbia colpito il padre o il fratello o qualche altro consanguineo fino al quarto grado di quella persona che divenne colle nozze loro zio o zia. Anche qui l'evidente ragione della esclusione è fondata tutta nel sospetto che la pietà verso i parenti possa stringere il curatore a parzialità dannose agli interessi della massa dei creditori; e qui pure crediamo pienamente applicabile la deroga che l'articolo 719 fa ai principî sanciti nell'articolo 714. Perchè se i creditori, nel cui solo interesse sono fatte le esclusioni dell'articolo 714, ripongono in un parente entro il quarto grado del fallito tanta fiducia da affidargli l'amministrazione del fallimento senza legittima suspicione di frodi, non può la legge opporsi a questa manifestazione di libera volontà in un campo pienamente riservato ad interessi e diritti privati, come quello di un fallimento non doloso, per fare un esempio. Crediamo anche, ma di ciò tratteremo a tempo opportuno, che l'articolo 720 non debba seguire la massima stabilita dall'articolo 714 riguardo all'esclusione delle persone appartenenti alla massa dei creditori, dei parenti del fallito; ma trattandosi di una deroga simile nelle cause, nei motivi e negli effetti suoi a quella già stabilita nell'articolo 719, si debba ad essa applicare la logica deduzione che si ricava dallo stesso articolo; e cioè, che il tribunale, che revochi e surroghi d'ufficio il curatore, possa seguire il dettato dell'inciso dell'articolo 719, scegliendo a nuovo curatore qualunque persona " sebbene non compresa nel ruolo degli eleggibili od interessata nel fallimento ". Qui trova luogo poi l'assoluta esclusione dalla carica di curatore di tutte quelle persone che hanno perduto e non godono i diritti civili. Il Codice non fa tale esclusione rimandando evidentemente ai principî generali di diritto; ma tutta la dottrina è d'accordo nel non ammettere i decaduti dai diritti.

Art. 715.

Le camere di commercio, nella circoscrizione delle quali si trovano città sedi di un tribunale di commercio o notevoli per importanza commerciale, inteso il parere delle rispettive Giunte municipali, possono formare un ruolo delle persone più idonee all'ufficio di curatore nei fallimenti, deliberando a scrutinio segreto.

Il ruolo è trasmesso al presidente del tribunale cui spetta la giurisdizione commerciale, ed è rinnovato ad ogni triennio. Le persone inscritte nel ruolo possono essere mantenute nel ruolo rinnovato.

I curatori di fallimenti non cessano dagli incarichi loro conferiti, ancorchè, scorso il triennio, il loro nome non sia stato mantenuto nel ruolo.

Art. 716.

Dove esiste il ruolo accennato nell'articolo precedente, il curatore dev'essere scelto tra le persone che vi sono comprese, se il tribunale, per motivi da enunciarsi nella sentenza o nel provvedimento, non reputi conveniente la nomina di una persona diversa.

Sommario.

113. *Ruolo dei curatori.*
114. *Diritti degli iscritti a ruolo.*
115. *Facoltà di nominare una persona non iscritta.*
116. *Durata della iscrizione a ruolo — Curatori ove non esiste ruolo.*

113. *Ruolo dei curatori.*— Per facilitare l'adempimento delle prescrizioni di legge circa la nomina e la scelta degli amministratori del fallimento, l'art. 715 prescrive che sia tenuto un ruolo, nelle città ove sia una Camera di commercio nella cui circoscrizione siavi sede di tribunale commerciale, o siavi importante vita commerciale, delle persone ritenute idonee ad esercitare l'ufficio di curatore di fallimenti. Alcune altre legislazioni hanno sancito un istituto affine a questo, quello cioè, del corpo dei liquidatori giurati; i quali appunto costituiscono, come i curatori arruolati secondo il vigente diritto commerciale italiano, un corpo di persone competenti, o per la professione che esercitano, o per la pratica di affari commerciali, a sbrigare le molteplici bisogne dell'amministrazione di un patrimonio di fallito.

Il Vidari (1) scrive su questa innovazione del Codice di commercio attuale, e il Calamandrei (2) lo ripete: "..... non vi ha piazza commerciale di qualche importanza in cui non vi sieno commercianti in ritiro od altre persone disoccupate, abilissimi, e queste e quelli a prestare di volta in volta certi uffici senz'alcun affidamento di stabile occupazione, e mediante un correspettivo ragguagliato unicamente all'importanza dell'opera prestata ed ai mezzi di cui può disporre il patrimonio del fallito „.

La legge assegna alle Camere di commercio la formazione del ruolo dei curatori, e la ragione ne è evidente: perchè trattandosi di materia che forma la quotidiana occupazione di quelle persone che costituiscono il Consiglio commerciale, nessun corpo poteva avere maggior idoneità alla scelta dei curatori, di quanta se ne presume nella Camera di commercio.

La formazione del ruolo è facoltativa; quindi le Camere di commercio che abbiano le condizioni speciali di cui parla l'art. 715 non hanno per legge alcun obbligo diretto di formare il ruolo dei curatori. A noi sembra che il legislatore del 1883 non abbia saggiamente concessa tale facoltà alle Camere di commercio, e più avanti su ciò esporremo il nostro pensiero. Perchè le Camere di commercio abbiamo gli estremi necessari ad usare della facoltà concessa per la formazione del ruolo deve concorrere il fatto che nella circoscrizione in cui esse

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 328.

(2) Opera e vol. cit., pag. 209.

sono costituite, vi sieno città sedi di un tribunale di commercio, o almeno notevoli per importanza commerciale. Sembrerebbe che, presa la disposizione dell'art. 715 alla lettera, la legge 12 aprile 1888 che abolì i tribunali di commercio nel Regno, abbia abrogato anche l'inciso dell'art. 715 ora in disamina; ma così non crediamo noi; giacchè il legislatore richiedendo l'esistenza del tribunale di commercio per la compilazione del ruolo si riferiva non alla materialità della giurisdizione commerciale rappresentata nell'istituto tribunalizio, ma, meglio, alla funzione di giurisdizione commerciale; e questa funzione non essendo cessata con la abolizione del tribunale di commercio, ma essendo trasmigrata nei tribunali civili che giudicano commercialmente, anche nei tribunali civili è passata la concretazione di quell'estremo che l'inciso dell'art. 715 ritiene necessario per la compilazione del ruolo. Se non che è da avvertire che con la devoluzione del contenzioso commerciale agli ordinari tribunali civili, si è alquanto ampliata l'applicazione dell'art. 715 per ciò che riguarda il ruolo dei curatori; perchè è indubbio che oggi ogni Camera di commercio si trova nella condizione d'avere nella propria circoscrizione un tribunale il quale giudicando anche in materia commerciale riflette questa sua competenza in quell'estremo di che parla l'inciso dell'art. 715 per la formazione del ruolo. Essendo pur facoltativa la compilazione del ruolo, il legislatore non intese abbandonare alle Camere di commercio, assolutamente, tale ufficio; ma a queste, concesso il diritto di scelta per le persone idonee all'ufficio di curatore nei fallimenti, impone di sentire il parere delle rispettive Giunte municipali, s'intende della città nella quale ha sede la Camera di commercio; dunque, ogni qual volta le Camere di commercio, essendo nelle condizioni richieste dall'art. 715, intendano valersi della facoltà di formare il ruolo dei curatori, devono consultare la Giunta municipale del comune in cui tengono le proprie adunanze consigliari. Ma la legge è muta sul valore che il parere della Giunta municipale deve avere intorno alle deliberazioni del Consiglio della Camera commerciale, e sull'obbligo che questo può avere o meno di seguire quel parere.

È fuor di dubbio che l'obbligo sancito dal legislatore circa la consultazione delle Giunte è soltanto una garanzia *pro forma* richiesta come controllo all'operato della Camera di commercio; e per questo carattere spiccato di formalità, spoglia ordinariamente d'ogni forza obbligatoria, la Camera di commercio è libera di accettare o non curare affatto il parere emesso dalla Giunta. Sul che domandiamo: non avendo il legislatore assicurato alla Giunta, riguardo al proprio parere di cui all'art. 715, alcuna sicurezza di accettazione per parte della Camera di commercio, come si regolerà un conflitto che possa nascere tra il parere della Giunta e la deliberazione della Camera di commercio? Destituita di qualunque autorità in proposito di fronte alla indipendenza della Camera di commercio, la Giunta potrà rivolgersi a qualche autorità per richiedere che, in vista di un interesse generale o particolare, morale o materiale, la Camera di commercio si uniformi al parere emesso? Noi crediamo che, presa la disposizione dell'art. 715 alla lettera, se la Camera di commercio non fa conto alcuno del parere della Giunta, questa non possa affatto lamentarsene, nè eccepire la regolarità del ruolo dei curatori così compilato: ma che interpretando lo spirito della disposizione, si debba venire nella conclusione che la legge richiede, come condizione necessaria, l'accordo del parere della Giunta con la deliberazione della Camera di commercio, e quindi, che quest'ultima debba uniformarsi al parere della prima, perchè la legge, evidentemente, ha sottoposto la validità del ruolo formando, al parere favorevole della Giunta.

Il Vidari su ciò scrive: " ..... le Giunte

municipali devono .... essere sentite sulla convenienza di formare il ruolo; epperò, pronunciandosi contro, possono impedirne la formazione (giacchè, se non potessero nemmeno ciò, sarebbe affatto inutile interrogarle); ma, acconsentito che abbiano, il loro ufficio, per questo riguardo, cessa, nè possono impacciarsi della effettiva formazione di quello „ (1). Noi non possiamo convenire perfettamente col Vidari in ciò che egli espone: non possiamo escludere la possibilità e la probabilità di un conflitto tra la Camera di commercio e la Giunta: e, questo ammesso, ci chiediamo di nuovo, come ciò si risolverà? Dato che per qualche scopo deve essere dal legislatore stabilito l'obbligo di intendere il parere delle Giunte municipali, e dato che questo scopo non deve essere frustrato dal solo capriccio eventuale della Camera di commercio, è certo che un'autorità superiore dev'essere chiamata a dirimere il conflitto; ed allora noi riteniamo che tale autorità debba essere lo stesso tribunale di commercio, o giudice commerciale nella cui circoscrizione giudiziaria è sorto il conflitto, ed al cui presidente dev'essere trasmesso il ruolo. Un'altra questione nasce su questo punto e scaturisce dalla ambiguità della legge. L'art. 715 si riferisce genericamente al parere della Giunta, ma non lascia intendere se questo parere debba volgersi alla opportunità di formare il ruolo piuttosto che alla qualità delle persone scelte dalla Camera di commercio. Dalla topografia, si permetta questa espressione, dell'inciso " inteso il parere delle rispettive Giunte municipali „, sembra che questo parere debba aver tratto alla opportunità della formazione del ruolo; e il Vidari, nel passo poco sopra riferito, accorda al parere municipale questa funzione; però non sembra tanto facile venire ad una conclusione simile. Anzitutto noi crediamo che l'obbligo di consultare la Giunta municipale non sia adempiuto pel solo parere chiesto e dato sull'opportunità di compilare il ruolo dei curatori; ma che invece l'obbligo di chiedere il parere si estenda anche alla qualità delle persone da iscrivere sul ruolo, e ci spieghiamo. La legge, quando concede alle Camere di commercio la facoltà di formare il ruolo dei curatori, le sottopone alla osservanza di alcune formalità fra cui quella pure dell'intendere il parere della Giunta: ma la legge non dice in quali limiti ed in qual momento debba chiedersi il parere; ora è fuor di dubbio che il legislatore intese che la Giunta avesse un'ingerenza, non solo per ciò che riguarda la opportunità della formazione del ruolo, ma anche per quello che riguarda le persone che nel ruolo stesso possono venir comprese; giacchè, accettata in massima la formazione, riesce importantissimo che si abbia considerazione alle persone chiamate a farne parte. Onde è fuor di dubbio che il legislatore con l'inciso " inteso il parere delle Giunte municipali rispettive „ ha voluto accordare a questi corpi funzionanti il diritto di regolare nel modo ritenuto più conveniente anche la materiale formazione del ruolo, cioè la scelta delle persone chiamate a farne parte, per evitare, ad es., certe incompatibilità che eventualmente potessero elevarsi.

Quando l'accordo sia intervenuto tra la Giunta municipale e la Camera di commercio, quest'ultima, deliberando a scrutinio secreto, forma il ruolo delle persone che ritiene idonee a coprire l'ufficio di amministratore nei fallimenti. Però, quantunque la legge non ne parli affatto, anzi, appunto approfittando del silenzio della legge in proposito, è invalso nella pratica l'uso di iscrivere nel ruolo dei curatori quelle persone che ne facciano domanda, corredandola di documenti pubblici da cui risulti o per la professione esercitata o per la condizione sociale del richiedente, la costui idoneità ad esercitare la funzione di cura-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 327.

tore di fallimento; ed è questo uso commendevole specialmente perchè evita tanti rifiuti che dagli iscritti sul ruolo senza propria domanda possono opporsi ogni qual volta le persone arruolate non intendano, per quanto idonee, assumersi la non sempre comoda funzione; noi crediamo che non sarebbe per nulla riprovevole l'abitudine che prendessero le Camere di commercio, allo scopo di evitare, nel momento in cui si abbia bisogno di un curatore, un rifiuto, di esporre in luogo pubblico, ad es., nelle loro sedi, l'elenco delle persone sulle quali si fa dalla Camera di commercio assegnamento per iscriverle nel ruolo dei curatori; queste persone, così avvertite, potrebbero sempre opporsi a tale iscrizione od assentirvi, obbligandosi allora ad assumere l'incarico ogni volta che venga loro affidato.

Formato il ruolo la legge ne ordina la trasmissione al presidente del tribunale cui spetta la giurisdizione commerciale, s'intende, della circoscrizione in cui si trova la Camera di commercio. Ma il legislatore non dice perchè si debba passare a questa trasmissione, nè quali misure il presidente del tribunale prenda riguardo al ruolo, nè se il ruolo rimanga alla sede del tribunale, oppure, vistato dall'autorità giudiziaria, ritorni alla sede della Camera di commercio: e, come il legislatore, sono muti ed i pochi commentatori e la giurisprudenza. Sembra a noi che per rintracciare la ragione della disposizione *legis* convenga attingere luce agli atti della Commissione per li studii dell'attuale Codice di commercio.

Lo scopo per cui si adottò il sistema del ruolo fu quello di " provvedere affinchè il tribunale abbia dinanzi a sè un sufficiente numero di persone che godano la fiducia del ceto commerciale, fra le quali gli sia dato di scegliere il più idoneo curatore per ogni singolo fallimento „ (1). Con questo sistema veniva affermata " la responsabilità del tribunale con l'attribuirgli espressamente la facoltà esclusiva di nominare o di rimuovere il curatore „ (1), ma al tempo stesso si illuminava " la scelta del tribunale coll'esperienza del ceto commerciale nella scelta della persona più idonea „ (2). Dal che si deduce facilmente come il ruolo, in base al quale il tribunale deve scegliere il curatore, venga trasmesso al tribunale e quivi depositato per la opportunità di scegliere, quando il bisogno se ne presenta, il curatore fra gli iscritti su quello; sicchè la copia autentica del ruolo rimane presso il tribunale, ed è certo che la Camera di commercio potrà di quel ruolo fare altrettante copie a stampa o con qualsisia altro mezzo di riproduzione, quante siano ritenute utili o necessarie per maggior correntezza d'affari; per questo è a lodarsi l'abitudine delle Camere commerciali dei maggiori centri di commercio, di far stampare a molti esemplari il ruolo per poterlo così comunicare a quanti o lo richiedano o essa stimi opportuno trasmetterlo.

La legge non dice il tempo entro cui la Camera di commercio debba depositare al tribunale il ruolo: ma è fuor di dubbio che questo tempo essendo pur lasciato *ad opportunitatem et commodum*, non può estendersi oltre il necessario alla compilazione ed approvazione di esso da parte della Camera di commercio; finite queste operazioni il ruolo deve essere subito trasmesso. Neppure accenna la legge al numero di persone di cui deve constare il ruolo, nè della cittadinanza di queste persone; e non parla di ciò che debbasi intendere per idoneità ad esercitare le funzioni di curatore.

Su tali questioni non è inutile spendere alcune parole. Quanto al numero delle persone che devono, in limite minimo, essere iscritte sul ruolo, crediamo che il legislatore abbia completamente abbandonato ciò la criterio delle Camere di commercio; il

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 4 febbraio 1872.

(1-2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 4 febbraio 1872.

fatto solo che la facoltà di formare il ruolo dei curatori è concessa solamente alle Camere di commercio nella circoscrizione delle quali si trovino città sedi di tribunali di commercio o notevoli per importanza commerciale, e che appunto neppure concorrendo queste condizioni la compilazione del ruolo diviene obbligatoria, dà, di per sè, il numero minimo degli iscritti di cui deve comporsi il ruolo; numero che non potrà essere mai minore a quello che i bisogni del contenzioso commerciale e dello sviluppo dei commerci di una città rendono necessario.

Sulla idoneità noi crediamo che questa debba essere intiera ed assoluta negli individui iscritti, e cioè che dovendo il curatore nella amministrazione della fallita addivenire a tanti e sì svariati atti per i quali abbisogna la più completa capacità giuridica, così la idoneità di cui parla l'art. 715 deve constare di questa capacità giuridica perfetta; e non sappiamo per vero con qual fondamento il Vidari venga a queste conclusioni sulla idoneità dei curatori: " I minori, invece, e le mogli, autorizzati che sieno all'esercizio del commercio, sì, come anche gli stranieri; purchè, capaci in genere di esercitare il commercio, non vediamo (fuorchè ci avesse un divieto esplicito od implicito, cioè derivante dalla limitatezza delle operazioni a cui il minore o la moglie fosse autorizzato) per qual ragione si dovrebbe proibire loro di assumere l'ufficio di curatore, che può essere assunto pur da chi non è commerciante „ (1). Il Renouard scrive su tale questione e precisamente sulla idoneità della donna maritata e del minore emancipato: " La femme mariée, non autorisée de son mari et le minor émancipé peuvent, il est vrai, d'après l'article 1990 du Code civil, être choisis pour mandataires; mais comme le même article restreint à leur égard l'action de leur mandat. il y a dans cette restriction motif suffisant pour ne pas les considérer comme aptes au syndicat, dont rien ne doit borner la responsabilité „ (2). Ora del Codice civile italiano l'art. 1743 corrisponde all'art. 1990 del Codice civile di Francia, e perciò sono giustissime, anche per riguardo nostro, le osservazioni del Renouard; onde noi non sappiamo per quale ipnotismo il Vidari abbia potuto citare come favorevole alla propria tesi questo celebre commercialista francese: il quale, soltanto ammette come eccezione l'idoneità del minore al sindacato nel fallimento " si une autorisation générale et sans restriction l'a habilité à faire le commerce „ (3). Abbiamo parlato della condizione di straniero che a mente dell'articolo 3 del Codice civile nostro " è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini „; il Vidari, nel luogo riferito, riconosce la idoneità dello straniero ad esercitare la funzione di curatore di fallimento; in questo, contrariamente alla opinione espressa dal Boulay-Paty, e da lui solo, che lo straniero anche se non gode i diritti civili nella nazione ove dovrebbe esercitare l'amministrazione del fallimento, può coprire la carica di sindaco della fallita, dividiamo l'opinione del Vidari, sempre ferme però quelle condizioni di piena capacità giuridica di cui si parlò più sopra.

Il ruolo va rinnovato ogni triennio; ed a giustificare questa disposizione del legislatore riportiamo le assennate motivazioni della Commissione per gli studi preparatori del nuovo Codice: " Per escludere ogni idea di stabilità nello stato delle persone inscritte nel ruolo; all'effetto che possano usufruirsi i vantaggi dell'esperienza; ed inoltre per promuovere la diligenza e la onestà dei curatori nella trattazione degli affari loro affidati; sembra pure opportuno di prescrivere, che il ruolo debba essere rinnovato ogni triennio, senza vietare la riproduzione nel nuovo ruolo dei nomi inscritti nei precedenti, e senza che l'esclu-

(1) Op. e vol. cit., pag. 327-28.

(2-3) Op. cit., vol. I, 438-39.

sione dal nuovo ruolo importi per sè sola cessazione degli incarichi ricevuti „ (1).

Le quali considerazioni dei commissari furono adottate e concisamente riprodotte nell'art. 715; e specialmente riesce notevole la disposizione in forza della quale chi sia attualmente curatore in un fallimento non cessi dalla funzione amministrativa se per avventura nella ricompilazione triennale del ruolo non fu compreso fra i nuovi iscritti: giacchè sarebbe stata ben gravida di danni, per gli interessi della fallita, una revoca del mandato di curatore o una decadenza solamente occasionate dalla non avvenuta reiscrizione; tanto più che la iscrizione è necessaria, e ciò fino ad un limite che esamineremo più avanti, soltanto per la scelta dell'amministratore, e non per la efficacia e legittimità dell'amministrazione da lui gerita una volta rivestito del mandato amministrativo.

114. *Diritti degli iscritti a ruolo.* — Il fatto della iscrizione a ruolo per adempire eventualmente alle funzioni di curatore di fallimenti, dà nascimento, in favore degli iscritti, ad un diritto corrispondente all'obbligo che si può considerare sancito per loro con la iscrizione a ruolo? Indubbiamente, fuori del caso di cui parla l'ultimo inciso dell'articolo 716, la persona iscritta sul ruolo dei curatori di fallimenti ha diritto di essere scelta a curatore quando si presenti il bisogno dell'opera sua; e l'art. 716 esplicitamente assicura questo diritto ad ognuno degli iscritti; diritto però che, oltre alla eccezione toccata nell'articolo 716 stesso, soffre una seconda deroga pel dettato dell'articolo 719, il quale accorda ai creditori la scelta di un curatore di loro fiducia in surroga del curatore eletto dal tribunale. Tuttavia, il diritto della persona iscritta a ruolo rimarrebbe senza azione e senza sanzione alcuna se le due deroghe accennate potessero essere applicate, e specialmente la prima, secondo piacimento del giudice o dei creditori. In ciò l'art. 716 stabilisce tassativamente che il tribunale, qualora non reputi conveniente la nomina di una persona diversa da quelle iscritte a ruolo, deve enunciare nella sentenza o nel provvedimento i motivi della deroga. Qui è da osservare che la legge non stabilisce in modo chiaro sufficientemente se i motivi debbano essere enunciati sommariamente e genericamente, o piuttosto analiticamente e categoricamente. Noi crediamo che la enunciazione non debba essere sommaria o generica, ma invece specifica e categorica: perchè lo scopo della legge sarebbe evidentemente deluso qualora bastasse la semplice enunciazione di un generico motivo per la esclusione di un curatore e per la scelta di un non iscritto a ruolo; tanto più l'enunciazione dev'essere specificata in quanto che la maestà e l'autorità che acquista l'esclusione diventa indubbia, e necessitosa quindi di un corrispondente dispositivo ed analisi dei motivi; inquantochè s'impone che a questo atto si addivenga per una sentenza o per un provvedimento, forme ordinarie di vera giurisdizione, e non semplici provvisioni prese dall'autorità a beneplacito proprio. Il Calamandrei (2) dice che di solito i motivi pei quali il tribunale potrà valersi della facoltà concessagli dall'articolo 716 " saranno o la parentela o l'affinità al quarto grado inclusivamente del fallito colle persone iscritte nel ruolo, o la loro qualità di creditori della massa „: a noi sembra, invece, che questi casi saranno non i più frequenti, ma i più rari; giacchè può verificarsi ben di rado che tutti gli iscritti a ruolo idonei a curare fallimenti sieno nelle condizioni, di fronte al fallito od alla massa dei creditori, di cui parla l'articolo 714; quindi al tribunale si presenteranno subito queste condizioni di

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 4 febbraio 1872.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 210, § 242.

incompatibilità e la sua scelta, fatta tuttavia fra le persone arruolate, non cadrà certo su una persona che sia legata col fallito in parentela o che abbia interessi diretti con la massa dei creditori. Come sanzione al diritto di essere scelti a curatori di fallimenti la legge non accorda alle persone iscritte nel ruolo dei curatori alcuna azione per escludere quegl'individui che, pur non concorrendo le condizioni degli articoli 716 e 719 per la deroga alla disposizione, in forza della quale il curatore dev'essere scelto tra le persone iscritte nel ruolo, fossero stati preferiti agl'iscritti; ed è certo che essi non potranno fare opposizione alcuna alla scelta non conforme alla disposizione della legge. Tuttavia, siccome se nessun modo di far valere quel diritto fosse concesso agl'iscritti, anche la legge rimarrebbe lettera morta, crediamo che i curatori iscritti nel ruolo, qualora illegittimamente fossero esclusi, possano portare reclamo al tribunale di commercio, al quale fu trasmesso il ruolo a norma dell'articolo 715, e allora l'autorità giudiziaria o potrà confermare, motivandola, l'esclusione, o dovrà in caso diverso ritornare sulla scelta primitiva, e far ragione al giusto reclamo dell'iscritto interessato.

115. ***Facoltà di nominare una persona non iscritta.*** — Come è facoltativa la compilazione del ruolo dei curatori, e le Camere di commercio, anche nelle condizioni più favorevoli all'opportunità della formazione del ruolo, non sono obbligate ad addivenirvi, così è pure spoglia di ogni forza direttamente obbligatoria la scelta di una persona non iscritta nel ruolo, ove questo esista, a curatore d'un fallimento. L'articolo 716 parla solo della convenienza per la quale il tribunale può credere miglior cosa nominare una persona non iscritta: sicchè all'infuori dei casi contemplati come cause d'esclusione dall'articolo 714, in nessun altro il tribunale è tenuto ad escludere gl'iscritti: se però considerazioni peculiari, come una legittima suspicione che il curatore scelto nel ruolo possa per avventura amministrare meno correttamente il patrimonio della fallita, facciano stimare più conveniente al tribunale la scelta di una persona non iscritta, la legge soccorre a queste considerazioni e garantisce legittimità alla scelta del tribunale. Ora se, ad esempio, il tribunale non reputi sconveniente assumere come curatore del fallimento un debitore del fallito, iscritto a ruolo, è fuor di dubbio che tale nomina non potrà essere impugnata come illegittima; però i creditori potranno valersi della facoltà accordata dall'articolo 719 e chiedere che a quel curatore siane sostituito un altro che goda la loro fiducia; sul che il tribunale non può rifiutarsi, essendogli imposto, tassativamente, di accordare la surroga. La convenienza di valersi o no dei curatori iscritti non può essere regolata da alcuna norma fissa, ma dev'essere desunta volta per volta da un'attenta disamina delle circostanze di fatto in cui si avvera un qualche attrito fra gl'interessi del patrimonio del fallito e quelli delle persone che essendo iscritte nel ruolo dovrebbero essere chiamate all'amministrazione; e queste considerazioni devono essere vagliate dal tribunale con tutta la serenità ed imparzialità possibile, sia per non danneggiare la massa dei creditori scegliendo un curatore iscritto sospetto o incapace, sia per non ledere con un'ingiusta esclusione gli iscritti. È certo che sarà ritenuto conveniente lo scegliere fuori del ruolo un curatore, quando particolari difficoltà si mostrino nell'amministrazione della fallita e, mentre fra le persone arruolate nessuna abbia capacità sufficiente per raccappezzarsi in quell'intricata matassa, un estraneo, di notissima abilità e capacità in affari di tal fatta, presenti la necessaria capacità giuridica per adempiere al mandato d'amministrare il fallimento; la convenienza di scegliere il curatore fuori delle persone iscritte, se può uniformarsi più che ad una

regola; ad un principio generale, lo può mettendo, per guida costante, per principio assoluto, la sola considerazione dell'interesse reciproco del fallito e della massa dei creditori, in modo, cioè, che al perfezionarsi dei diritti degli uni nell'amministrazione del fallimento non peggiorino le condizioni e non siano lesi i diritti del fallito (1).

116. *Durata della iscrizione a ruolo. Curatori ove non esiste ruolo.* — Il ruolo degli iscritti idonei ad esercitare le funzioni di curatori va rinnovato ogni tre anni; abbiamo più addietro accennate le ragioni avanzate a giustificazione di questa disposizione dalla Commissione del 1869. Qui diremo solo poche parole in aggiunta a quelle già dette. Ossia: la facoltà che la legge accorda di formare il ruolo può, come facoltà, essere esercita volta a volta che si presenti la compilazione *ex novo* o rinnovata triennalmente del ruolo, oppure la Camera di commercio che una volta usò della sua facoltà compilando il ruolo, si trova obbligata a passare ogni tre anni alla rinnovazione del ruolo? La legge può dare adito a sostenere le due tesi con ugual validità. Invero l'art. 715, che nel suo primo comma dice che le Camere di commercio in determinate condizioni " possono formare un ruolo delle persone più idonee all'ufficio di curatore nei fallimenti „, nel suo secondo comma soggiunge che il ruolo " è rinnovato ad ogni triennio „; sembra quindi che questa seconda disposizione sia non più facoltativa, ma tassativa; e diciamo sembra, in questo senso che, cioè, la disposizione indubbiamente tassativa nel caso che la Camera di commercio ritenga opportuno continuare il ruolo, induce il dubbio sulla sua tassatività quando invece la Camera di commercio consideri il rinnovamento inopportuno. Una volta che la Camera di commercio abbia usato positivamente della concessale facoltà, può dubitarsi se essa, in prosieguo di tempo, possa in quello stesso atto, per il quale ebbe a determinarsi positivamente, cambiare tale sua determinazione rendendola negativa; e quindi può dubitarsi se il triennale rinnovamento del ruolo sia obbligatorio meglio che facoltativo. Noi crediamo che questo rinnovamento sia facoltativo nel senso, ben inteso, che il ruolo non rinnovato, come inopportuno, non può più servire allo scopo per il quale fu primitivamente compilato, e che quindi la rinnovazione del ruolo di cui parla il secondo comma dell'articolo 715 sia sempre sottoposta alla libera facoltà di cui tratta il primo comma dello stesso articolo. Quando il ruolo non sia rinnovato triennalmente, il ruolo preesistente non ha più alcun valore, anche se il ruolo rinnovato potesse constare di tutte le stesse persone che eranvi primamente iscritte e la legge dichiara ciò espressamente nella dizione " le persone iscritte nel ruolo possono essere mantenute nel ruolo rinnovato „; dal che si ricava che il rinnovamento materiale del ruolo è essenziale alla sua validità. Verranno, logicamente, cassate dal ruolo rinnovato tutte le persone defunte e tutte quelle che, colpite da incapacità civile, non furono ancora riabilitate, nè potrà iscriversi una persona attualmente incapace, quando pure divenisse capace prima della scadenza del triennio di rinnovazione, perchè le condizioni per l'iscrizione non devono sopravvenire questa compita, ma devono essere attuate al momento della iscrizione.

Quando non esista alcun ruolo o il ruolo non sia stato rinnovato, i curatori saranno scelti dal tribunale fra quelle persone che, estranee alla massa dei creditori e non legate da alcuna parentela fino al quarto grado col fallito, siano ritenute idonee ad esercitare la funzione di curatore di fallimenti. Gli obblighi di questi curatori non cessano però di essere gli stessi di quelli dei curatori iscritti a ruolo.

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 329, § 4510 *bis*.

Art. 717.

Il tribunale, dopo la prima adunanza dei creditori indicata nell'articolo 691, e veduto il processo verbale di essa, dichiara definitiva la nomina del curatore nella persona provvisoriamente designata ovvero conferisce tale ufficio a persona diversa.

Sommario.

117. *Curatore definitivo e curatore provvisorio.*
118. *Nomina del curatore definitivo.*

117. *Curatore definitivo e curatore provvisorio.* — Colla sentenza che dichiara il fallimento il tribunale deve nominare il curatore provvisorio (articolo 691, n° 3); in questa stessa sentenza il tribunale deve fissare il luogo, il giorno e l'ora in cui i creditori entro venti giorni dalla data della sentenza devono radunarsi per essere consultati intorno alla nomina definitiva del curatore (articolo 691, n° 4). Ora la disposizione intera dell'articolo 717 in disamina è completamente subordinata alla riferita disposizione dell'articolo 691. Da questo deriva che la nomina del curatore definitivo non può protrarsi oltre i venti giorni dalla data della sentenza che nomina il curatore provvisorio. Però il curatore provvisorio può essere dichiarato definitivo e venire riconfermato nel conferitogli mandato; e sembra anzi dalla interpretazione letterale dell'articolo 717 che il legislatore calcoli più sulla riconferma del curatore provvisorio che sulla nomina di un nuovo curatore, giacchè l'inciso " ovvero conferisce tale ufficio a persona diversa „ sembra ammesso come rimedio al caso in cui il curatore provvisorio non fosse riconfermato definitivamente. Ora, confrontando il disposto dell'art. 691, n° 3, che, senz'altro, impone la nomina del curatore provvisorio, colla lettera e lo spirito del titolo II " Dell'amministrazione del fallimento „, sezione I " Del curatore „, si possono rilevare alcuni dubbî ed alcune contraddizioni. Il curatore provvisorio ricade sotto le disposizioni dell'articolo 714 per ciò che riguarda la parentela col fallito e i rapporti con la massa dei creditori? Evidentemente sussistono, riguardo al curatore provvisorio, le stesse considerazioni che hanno deciso il legislatore a sancire le restrizioni dell'articolo 714 e la brevità del tempo, durante cui il curatore provvisorio è chiamato ad adempire all'amministrazione della fallita, non è certo sufficiente ragione per deroga a questa regola stabilita come principio generale ed assoluto. Anche in venti giorni, che al più può durare la cura provvisoria, la malafede, l'interesse particolare, gli affetti e le parzialità nascenti da legami di parentela, possono portare tutti i loro frutti dannosi agl'interessi dell'amministrazione, e, quindi, non vi è dubbio che il curatore provvisorio debba essere scelto colle norme stabilite dall'articolo 714.

Ma dovrà esso, o non dovrà appartenere al numero dei curatori iscritti a ruolo? Il tribunale, scegliendo un curatore provvisorio non iscritto nel ruolo dei curatori, dovrà enunciare, in sentenza od in provvedimento, i motivi per cui reputò più conveniente scegliere una persona diversa? Qui la causa del dubitare non ammette una soluzione così facile come si presentava quella dell'articolo 714. Anzitutto il legislatore nella sezione I del titolo II sull'amministrazione del fallimento, dà le norme necessarie all'effettiva amministrazione del fallimento, legalmente stabilito e quando tutti i dubbi sono stati sciolti, tutte le difficoltà preliminari allontanate, tutti gli ingombri per conflitti d'interessi o per

concorso di diritti, tolti quando, cioè, la procedura del fallimento entra nella sua fase massima per avanzarsi poi direttamente alla liquidazione ed a tutti gli altri atti che possano condurre al dipanamento dell'intricata matassa; mentre il curatore provvisorio è eletto nella prima fase del fallimento quando appena il tribunale ha dichiarata la fallita. Da ciò è facile ricavare che il curatore provvisorio non è obbligo appartenga al ruolo degl'iscritti. Però è a notarsi che qualora il curatore provvisorio, in forza dell'articolo 717, venga confermato curatore definitivo, può sorgere la questione, da noi accennata qui sopra, se debba o no il tribunale enunciare i motivi per cui non ha scelto una persona iscritta a ruolo. L'articolo 716 dice che il tribunale deve enunciare i motivi per cui sceglie una persona non iscritta nel ruolo, ma non accenna a quali obblighi sia tenuto il tribunale quando invece conferma il curatore provvisorio; ora è chiaro che i motivi per cui il tribunale deve enunciare secondo l'articolo 716 sono, diremo così, motivi negativi della capacità delle persone iscritte nel ruolo e che vengono escluse; ma la enunciazione di questi motivi negativi non si può concepire quando l'esclusione delli arruolati non è diretta, ma è indiretta come quella che non deriva già dalla determinazione contraria agli iscritti da parte del tribunale, ma soltanto dalla determinazione favorevole del tribunale riguardo al curatore provvisorio; il tribunale se dovesse enunciare i motivi per cui ha scelto il curatore provvisorio per l'ufficio di curatore definitivo, dovrebbe fare l'apologia di costui; e, certo, non fu mai nell'intenzione del legislatore di chiamare motivi, da enunciarsi nella sentenza o nel provvedimento, i meriti che una persona può avere per coprire l'ufficio di amministratore di fallimenti, dovendosi ammettere, per principio generale, la idoneità a tale ufficio ed il merito relativo in ogni cittadino capace. Però noi crediamo, che la facoltà concessa dall'art. 717 al tribunale di dichiarare definitiva la nomina di curatore nella persona provvisoriamente designata, costituisca una deroga completa alla lettera ed allo spirito dell'art. 716. Riconosciamo, tuttavia, che l'inciso " non reputi conveniente la nomina di una persona diversa „ dell'articolo 716, può rendere sufficientemente valida anche l'opinione che il tribunale, scegliendo a curatore definitivo il curatore provvisorio, debba enunciare i motivi di questa scelta, in quanto che è solo la convenienza della nomina in persona diversa da quelle iscritte nel ruolo dei curatori, quella che ha l'obbligo della enunciazione dei motivi, e quindi questi motivi possono benissimo essere quelli della esclusione degli iscritti, come quelli della scelta della persona diversa e, al caso nostro, del curatore provvisorio; sicchè si verrebbe alla conclusione contraria a quella a cui siamo venuti noi; e, cioè, in luogo di una deroga si troverebbe nell'articolo 717 una coordinazione, e nella lettera e nello spirito, con l'articolo che lo precede.

118. *Nomina del curatore definitivo.* — Tanto per la conferma a curatore definitivo del curatore provvisorio. quanto per la nomina *ex novo* del curatore definitivo, il tribunale deve, per passare a questa nomina, vedere il processo verbale della prima adunanza dei creditori indicata nell'art. 691. Ora l'articolo 717 usando queste espressioni suscita un dubbio che la lettera della legge e lo spirito di essa sono ben lungi dal dissipare. Esso parla di fatto, di una prima adunanza dei creditori indicata nell'articolo 691; il quale, invece al suo n° 4 parla di un'adunanza non attuale od avvenuta, ma di un'adunanza futura dei creditori e, precisamente, di quella da tenersi entro venti giorni dalla data della sentenza dichiativa del fallimento, perchè essi creditori possano essere consultati sulla nomina definitiva del curatore: sicchè, mentre il disposto dell'art. 717 fa credere che l'adunanza dei creditori sia già avvenuta, che il

tribunale possa, solo vedendo il processo verbale di essa, passare, senza il consulto dei creditori, alla nomina definitiva del curatore, invece il disposto dell'art. 691, n° 4, a cui lo stesso art. 717 si riporta, rovescia completamente l'edifizio costrutto dall'articolo 717. Questo articolo si riferisce ad una adunanza già avvenuta ed afferma essere necessario soltanto che il tribunale prenda visione del processo verbale di essa; invece in tutto il titolo I del libro III " Della dichiarazione di fallimento e dei suoi effetti „ non si parla mai di adunanze di creditori, se non nell'art. 691 e nel modo che abbiamo veduto; e l'art. 685, terzo comma, che rimanda per la procedura del fallimento al Codice di procedura civile ed alle disposizioni speciali contenute nel libro IV del Codice di commercio non porta una maggior luce su ciò; e neppure i trattatisti (1) parlano di alcuna adunanza di creditori avvenuta prima delle disposizioni dell'articolo 691 ed alla quale l'art. 717 possa in qualche modo riferirsi. Dunque, dobbiamo da ciò indurre che l'adunanza dei creditori deve tenersi per la disposizione dell'art. 691 quando si tratti di passare alla nomina del curatore definitivo; che i creditori hanno su ciò solamente un voto consultivo il quale non invalida le decisioni o la scelta che potrà fare il tribunale; che dichiarando definitiva la nomina del curatore provvisorio o conferendo tale ufficio ad una persona diversa, il tribunale deve tener conto del voto dei creditori raccolto nel processo verbale dell'adunanza di essi tenuta allo scopo di decidere sulla nomina del curatore definitivo del fallimento; è, però, in questo senso che va interpretata l'ambiguità dell'art. 717. Il tribunale, poi, nominerà il curatore provvisorio, radunatosi in Camera di consiglio e la nomina, in base all'art. 912, libro IV, titolo I, capo III " Disposizioni speciali per la procedara del fallimento „, dovrà essere fatta o con una sentenza o con un'ordinanza, a seconda che si conferma il curatore provvisorio, o si nomina un curatore definitivo *ex novo;* il curatore provvisorio sarà, mediante ordinanza, confermato definitivo; mentre il curatore definitivo, anche pel disposto dell'articolo 716, dovrà essere nominato con sentenza del tribunale.

Art. 718.

La nomina provvisoria o definitiva dev'essere dal cancelliere fatta notificare immediatamente al curatore.

Il curatore che non intende di accettare l'ufficio deve dichiarare al tribunale il suo rifiuto entro tre giorni dalla notificazione della nomina.

Anche dopo trascorso quel termine, il curatore può chiedere al tribunale di essere dispensato, ma non può lasciare l'ufficio finchè non gli sia nominato il successore e non sia fatta a questo la regolare consegna del patrimonio del fallimento e del conto della tenuta amministrazione.

Sommario.

119. *Notificazione della nomina al curatore.*
120. *Rifiuto del curatore.*
121. *Dispensa dall'ufficio di curatore dopo la nomina e l'accettazione.*

(1) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, art. 691 e 717; VIDARI, op. cit., vol. VIII, §§ 4350 e 4513.

119. *Notificazione della nomina al curatore.* — Dopo che il tribunale abbia scelto il curatore definitivo o confermato nelle funzioni di amministratore il curatore provvisorio, il curatore così eletto non è ancora autorizzato ad assumere la gestione degli affari della fallita, e neppure è tenuto agli effetti della avvenuta nomina. Perchè egli abbia i diritti ed i doveri che dalla amministrazione del fallimento derivano al curatore, è indispensabile che la nomina gli sia notificata coi mezzi ordinari, suggeriti dal Codice di procedura civile in questa materia, cioè per mezzo d'usciere; il cancelliere del tribunale di commercio, prima che i tribunali speciali di commercio fossero aboliti, ed ora del tribunale civile nella cui giurisdizione si è dichiarato il fallimento, fa notificare, con quel mezzo, la nomina a curatore in quel determinato fallimento, alla persona scelta dal tribunale. La notificazione, essendo richiesta pel rito procedurale, deve essere fatta al curatore sia questo eletto nuovamente o solo confermato definitivo prima essendo provvisorio. L'art. 718 è la ripetizione dell'art. 570 dell'abolito Codice di commercio; anche quello stabiliva che la notificazione al curatore scelto della sua nomina, fosse fatta immediatamente, mentre il Codice francese non dà alcuna norma in proposito: e, quanto è lodevole il legislatore italiano per avere fissata la notificazione nel più breve tempo possibile, altrettanto è deplorevole che il legislatore francese non abbia provveduto alla fissazione del tempo in cui deve essere fatto l'annuncio al sindaco della avvenuta sua nomina alla amministrazione del fallimento. Ognun vede quanti inconvenienti possono derivare agli interessi della massa dei creditori, non meno che al fallito, quando il curatore, od il sindaco provvisorio non essendo stato definitivamente confermato nell'ufficio, il curatore od il sindaco definitivo, per non aver ancora avuta la ufficiale notizia della nomina avvenuta nella sua persona, non possa nè debba assumersi la gestione del fallimento. Certo il curatore od il sindaco provvisorio i quali, scornati nelle loro brame d'essere confermati definitivi, si troveranno ad avere in mano propria la gestione degli affari della fallita in quella sorta di interregno che corre tra la nomina del curatore o del sindaco definitivo e la costui assunzione agli affari della fallita, non avranno più quell'interesse che deriva dalla responsabilità piena che grava su di loro quando non è ancora scelto l'amministratore definitivo; e se, tuttavia, saranno sempre essi responsabili della colpa che fruttasse danni o diminuzioni al patrimonio del fallimento, non è dubbio che la solerzia dell'amministrazione sarà assai diminuita, senza contare poi che il Codice francese, mentre all'art. 462 ordina al giudice delegato (juge-commissaire) di convocare immediatamente i presunti creditori a riunirsi entro quindici giorni, poi non fissa alcun termine nè *a quo* nè *ad quem* per la partecipazione al sindaco definitivo della sua nomina. In quanto riguarda il curatore provvisorio, di cui parla l'art. 691, il cancelliere è tenuto alla immediata notificazione pure per questi; e le ragioni che giustificano tale precisione della legge per il curatore definitivo militano pure in favore del curatore provvisorio.

120. *Rifiuto del curatore.* — Fatta la notificazione e venuto per simil guisa il curatore definitivo alla cognizione della sua nomina, la legge gli accorda un termine di tre giorni, dalla avvenuta notificazione, per dichiarare se intenda rifiutare l'ufficio demandatogli. Si sollevano due questioni su questo punto, ossia prima: il termine di tre giorni è concesso tanto al curatore provvisorio che al definitivo od a quest'ultimo solamente?; seconda: il curatore deve dichiarare entro i tre giorni fissatigli, se intende rifiutare, o la dichiarazione deve essere fatta anche se intende accettare?

L'art. 570 del Codice del 1865 lasciava ai sindaci ventiquattro ore di tempo per dichiarare cosa intendessero fare; ma anche

di fronte a quel Codice si poteva sollevare lo stesso dubbio circa il sindaco provvisorio ed il sindaco definitivo, e le stesse questioni proposte più sopra, alla prima delle quali si può rispondere così. Se si confronta il primo comma dell'art. 718 col secondo comma dello stesso articolo, e se poi si confronta la deduzione che scaturisce dal primo raffronto collo spirito di tutta la Sezione I " Del curatore „ del libro III, tit. II, capo I del Codice di commercio, si viene a due conclusioni che si escludono a vicenda; ora una delle due deve, forzatamente, avere il sopravvento e deve rispondere allo spirito dell'art. 718. Dunque il legislatore non parla affatto nell'art. 718, comma 2°, di curatore provvisorio, ma soltanto tratta genericamente del curatore: invece nel 1° comma dello stesso articolo ha distinto il curatore definitivo dal provvisorio, pareggiandoli tuttavia nell'obbligo fatto al cancelliere per la notificazione; quindi qui per il secondo comma applicando l'aforismo " *ubi legislator voluit dixit, ubi noluit tacuit* „ e tenuto fermo che lo spirito della Sezione " Del curatore „ si riflette principalmente al curatore definitivo, converrebbe concludere che è solo al curatore definitivo applicabile la disposizione del comma 2°, articolo 718. Senonchè una ragione logica che possa giustificare questa supposta esclusione del curatore provvisorio non è possibile trovarla; giacchè non essendo la cura di fallimenti un ufficio pubblico, una istituzione di diritto pubblico, nessuno può essere, *a priori*, obbligato ad assumerla ed a sottostare agli obblighi che da essa nascono; perciò noi riteniamo che anche al curatore provvisorio siano accordati i tre giorni di tempo per prendere una decisione, come sono accordati al curatore definitivo. Sulla questione intorno alla necessità della dichiarazione, sia nel caso d'accettazione che nel caso di rifiuto dell'ufficio demandatogli, da parte del curatore, la lettera della legge sembra troncare il dubbio in sul nascere, perchè dispone tassativamente che il curatore è solo tenuto a dichiarare al tribunale il suo rifiuto nel caso non intenda accettare. Tuttavia convien seguire, secondo il parer nostro, la massima *inclusio unius non est exclusio alterius;* tanto più che all'obbligo della notificazione deve sempre corrispondere un obbligo, da parte della persona notificata, della stessa specie dell'obbligo antecedente; ossia, non potendo ammettere che il silenzio della persona nominata all'ufficio di curatore ed alla quale il cancelliere fece notificare la nomina, venga interpretato come una accettazione, per quanto l'obbligo del rifiuto dichiarato venga imposto al curatore, è logico che alla accettazione dell'ufficio si unisca la dichiarazione della accettazione; la quale deve evidentemente essere fatta entro il termine di tre giorni stabilito per la dichiarazione del rifiuto. La legge non fa al curatore che rifiuti il propostogli incarico alcun obbligo di motivare il suo rifiuto; basterà pertanto, per la efficacia di questa, ch'egli declini soltanto nella sua dichiarazione l'offertogli incarico, perchè il tribunale debba senz'altro provvedere alla nomina di un altro curatore. Il diritto di rifiutare l'ufficio di curatore è assoluto, nè soffre decapitazione alcuna dal fatto che il ricusante sia iscritto nel ruolo dei curatori di fallimenti; giacchè, se tale iscrizione importa negli iscritti il diritto di essere preferiti ad altre persone nella scelta all'uffizio di curatore, non per questo si può tramutare questo diritto nell'obbligo di assumere l'ufficio ogni volta che l'iscritto nel ruolo venga scelto a coprirlo.

Per vero, sembrerebbe opportuno che realmente al diritto degl'iscritti nel ruolo di venir preferiti agli altri, dovesse corrispondere l'obbligo di non rifiutarsi quando la scelta cada su di loro; ma il legislatore ha amato meglio non gravare neppure gli iscritti di tale obbligo, volendo allontanare il più che gli fosse possibile il sospetto di una cattiva amministrazione, come rischierebbe di essere quella di un curatore for-

zato ad adempiere all'ufficio demandatogli intorno al patrimonio del fallimento.

121. *Dispensa dall'ufficio di curatore dopo la nomina e l'accettazione.* — Può avvenire che, anche dopo aver accettata ed incominciata la gestione del fallimento, il curatore non si trovi più in condizioni da poter continuare l'ufficio suo. In simil caso al curatore è lasciata ancora la libertà di spogliarsi dell'incarico ricevuto; ma allora in luogo di valersi di un completo diritto quale era quello di rifiutare l'incarico, può solamente chiedere al tribunale di essere dispensato. Ognun vede la profonda differenza che corre tra il diritto di rifiutare l'incarico e il diritto di chiedere la dispensa; il primo era perfetto ed imprescindibile pel solo fatto del curatore che non intendeva accettare; il secondo invece si limita, riguardo al curatore che abbia accettato e che desideri di non più seguitare, al diritto di chiedere la dispensa, senza corrispondente obbligo assoluto nell'autorità giudiziaria di accordarla e di dare evasione al desiderio del curatore. Il Codice attuale si mostra assai più favorevole al curatore che non intende di continuare nell'amministrazione, di quello che fosse il Codice di commercio cessato; il quale, al suo art. 570, esigeva la giusta causa che potesse occasionare nel curatore la domanda di dispensa. Quale potesse essere la giusta causa di un simile fatto non si riesce a comprendere; giacchè è naturale che non un futile motivo qualsiasi, ma una seria e plausibile ragione deve essere quella che muove il curatore a chiedere la dispensa. Ora, imponendo la motivazione della giusta causa da parte del curatore, si dà al tribunale un diritto di sindacare quale sia il fondamento giusto per il quale il curatore domanda la dispensa e si crea un dualismo che potrebbe essere funesto nella sua concretazione agl'interessi della fallita. Se il tribunale può accordare la dispensa quando vi concorra una giusta causa per chiederla, deve logicamente considerare qual valore presenti la causa adotta dal curatore come motivo giusto per essere dispensato; e quindi, se il tribunale non attribuisca a tale motivo quel valore che il curatore crede assegnargli, non potrà accordare la dispensa; dal che deriva una iniqua oppressione esercitata in danno del curatore ed il pericolo grave di una trista amministrazione dei beni della fallita. Tuttavia la giurisprudenza formatasi intorno al cessato Codice aveva posto come principio assoluto che il tribunale dovesse sempre accogliere favorevolmente la domanda di dispensa, non potendosi obbligare nessuno, quando non si tratti di *munus publicum*, a continuare contro la propria volontà in un ufficio (1). Avvertiamo qui che il curatore provvisorio ha anche in questi casi gli stessi diritti del curatore definitivo, e perciò non ripetiamo le considerazioni espresse più addietro.

Secondo il Codice nuovo, che, come si osservò, soppresse l'estremo della giusta causa, non è però stabilita in nessun modo la misura del diritto del curatore che chiede la dispensa: se, cioè, il tribunale debba accogliere sempre la domanda di dispensa o possa rifiutarla. Il Calamandrei (2), appoggiandosi sulla citata giurisprudenza, opina in pro dell'accettazione della domanda del curatore, e noi ci accordiamo con lui per ragioni che a ciascuno agevolmente appariranno, tanto più che, interpretando sottilmente l'ultimo comma dell'articolo 718, è facile scorgere come il legislatore abbia inteso accordare sempre al curatore la chiesta dispensa. Accolta la domanda del curatore, questi non può abbandonare senza altro la gestione, ma deve attendere il proprio successore, nelle cui mani trasmette la

(1) Corte d'appello di Genova, 30 dicembre 1878 (*Ann.*, XIII, 3ª, 74).

(2) Op. cit., vol. I, 213, § 247.

gestione in quello stato in cui si trova al momento della cessione, rispondendo quindi di tutto ciò di cui può essere tenuto responsale per il tempo durante il quale ebbe a gerire l'amministrazione della fallita: la consegna dev'essere fatta al curatore subentrante, e a lui pure deve il curatore che esce rendere il conto della gestione.

La legge nulla dice riguardo al tempo che corre tra la domanda di dispensa inoltrata dall'attuale curatore, la risposta del tribunale e la nomina del nuovo curatore. Nè i trattatisti, nè la giurisprudenza dànno luce su questo punto; onde a noi sembra che debbasi ricorrere, per sciogliere soddisfacentemente tale questione, al principio introdotto dall'articolo 691 ed alla disposizione dell'articolo 718, comma secondo. Ossia, inoltratasi la domanda di dispensa dal curatore che intende cessare dall'amministrazione del fallimento, il tribunale, entro 20 giorni dalla data della presentazione, deve scegliere il nuovo curatore, senza dubbio così come è prescritto dagli articoli 691, n° 3 e n° 4, e 717; il nuovo curatore deve, entro giorni 3 dalla notificazione fattagli dal cancelliere, decidersi per l'accettazione o per il rifiuto; e subito trascorsi questi 3 giorni come limite massimo, ed appena notificatagli la nomina, accettando, deve subentrare al curatore dispensato. In qualunque tempo ed in qualsiasi stadio della gestione può il curatore domandare la dispensa dall'ufficio, purchè sia avvenuta l'accettazione. Si può sollevare una questione riguardo al diritto di chiedere la dispensa una volta accettata la gestione, in confronto del diritto di rifiutare l'ufficio. Si supponga che il curatore scelto accetti e incominci a gerire gli affari della fallita; se egli, non essendo ancora trascorsi i tre giorni dall'avvenuta notificazione della nomina, venga nella decisione di cessare dall'ufficio, potrà valersi del suo diritto di rifiutare la gestione a mente del secondo alinea articolo 718, o dovrà invece chiedere la dispensa dall'ufficio a mente dell'ultimo comma stesso articolo? La questione si presenta più importante di quello che sembri a primo aspetto; giacchè, accettando la prima forma di soluzione, il curatore che rifiuta di assumere l'ufficio non deve rendere conto dell'amministrazione; mentre invece tale obbligo gli è fatto quando chiede la dispensa. Noi crediamo che la soluzione vera, giusta e logica sia quella che non ammette il rifiuto, ma richiede la domanda di dispensa. Difatti il termine di tre giorni è concesso al curatore nuovo eletto prima di entrare in carica, appunto perchè decida se o no intende accettare ed assumere l'ufficio; quindi la disposizione dell'articolo 718, capoverso secondo, si applica solo al curatore che non ha peranco messo mano all'amministrazione. Una volta che, invece, sia dopo i tre giorni, sia prima della scadenza di questo termine, il curatore ha messo mano alla gestione della fallita, non deve più valersi del diritto di rifiutare, ma può soltanto valersi del diritto di chiedere la dispensa; sicchè il curatore provvisorio confermato definitivo non può dopo la conferma valersi del diritto di rifiutare, ma deve valersi, quando non intenda proseguire, del diritto di chiedere la dispensa. La legge stessa si accorda con noi, perchè si dice dall'ultimo comma dell'articolo 720 che il curatore può domandare la dispensa " anche dopo trascorso quel termine „, cioè quello dei tre giorni pel rifiuto; dunque se lo può anche dopo trascorsi i tre dì, tanto più lo potrà, dandosi il caso, prima che quei tre dì trascorrano. Su ciò sembraci assolutamente errata l'opinione del Calamandrei (1) il quale scrive che " se il curatore dichiara il suo rifiuto entro tre giorni dalla notificazione della nomina può....., se l'ha assunta, abbandonare senz'altro l'amministrazione „.

—

(1) Op. cit., vol. I, pag. 213, § 247.

Art. 719.

Qualora i creditori, nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti o successivamente, domandino che al curatore nominato dal tribunale venga surrogato un curatore di loro fiducia, sebbene non compreso nel ruolo degli eleggibili od interessato nel fallimento, e la domanda sia appoggiata dalla maggioranza richiesta per la validità del concordato, la surrogazione dev'essere accordata.

Sommario.

122. *Surroga mediante un curatore di fiducia.*
123. *Maggioranza dei creditori.*
124. *Eccezione agli articoli* 714 *e* 716.

122. *Surroga mediante un curatore di fiducia.* — Il voto consultivo che viene accordato ai creditori per forza dell'art. 691 confrontato con l'articolo 717, si tramuta in un vero voto deliberativo di eccezionale importanza per il disposto dell'articolo 719. Quando il curatore nominato dal tribunale, sia esso provvisorio o definitivo, ha accettato l'ufficio demandatogli, e non ha chiesto di essere dispensato, in forza dell'art. 719 i creditori possono far decadere dall'ufficio tale curatore, e chiedere ed ottenere che il tribunale lo surroghi con altra persona che raccolga la fiducia dei creditori. La deliberazione in forza della quale la massa dei creditori chiede la sostituzione del curatore, deve prendersi nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti od anche in seguito. La legge non prescrive alcuna motivazione circa questa domanda, giustamente abbandonando al criterio dei creditori, i più interessati nell'amministrazione del fallimento, l'opportunità di surrogare uno con altro curatore; nè la qualità che si richiede nel curatore sostituito di godere la fiducia dei creditori che lo propongono, è qualità che debba essere dimostrata in modo da concretare che realmente l'abilità ed i meriti particolari dell'individuo proposto dai creditori siano superiori a quelli del curatore scelto dal tribunale; giacchè la legge non richiede questo raffronto qualitativo, ma solamente che la persona proposta goda la fiducia dei creditori, a prova della quale condizione di fatto ha però stabilito e richiesto l'estremo della maggioranza dei creditori che appoggino la domanda. Nessun tempo è prescritto ai creditori per domandare la surroga, che se ciò potesse sembrare per esser stabilita l'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti per domandarla, l'alternativa posta dall'inciso " o successivamente " toglie ogni valore al dubbio sulla fissazione d'un termine e dà intiero ai creditori il diritto di domandare in qualunque tempo, in qualunque stadio della procedura del fallimento, la surroga; e neppure è limitato tale diritto quantitativamente, riguardo alle persone che possono essere scelte dai creditori come quelle che godono la fiducia loro; ossia il diritto dei creditori di chiedere la surroga non si funge perchè una volta sia stato usato e perchè la persona a cui si vuol surrogare un altro curatore non sia più il curatore nominato dal tribunale, giacchè è evidente che la facoltà concessa ai creditori di scegliere per amministratore una persona che goda la loro fiducia, suppone che questa fiducia la persona scelta non la goda soltanto al momento in cui i creditori gliela manifestano con proporlo come surrogante al curatore

scelto dal tribunale, ma seguiti a goderla anche durante tutto il tempo della gestione amministrativa; dunque, essendo concessa tale facoltà nello scopo di far luogo ad una buona, onesta ed imparziale amministrazione, nulla è più evidente che lo estremo, dato dall'articolo 719 circa il curatore nominato dal tribunale, non escluda la surroga nel caso in cui il curatore sia già quella persona scelta dai creditori perchè godeva la loro fiducia e dal tribunale accettata.

123. *Maggioranza dei creditori.* — La deliberazione dei creditori circa la domanda fatta al tribunale per surrogare il curatore scelto da questo con una persona che goda la fiducia dei creditori, per aver forza di imporre al tribunale la surrogazione deve essere presa dalla maggioranza dei creditori così come è stabilita questa maggioranza per riguardo al concordato. La maggioranza che si richiede per la validità della accettazione del concordato è stabilita dagli articoli 833 e 834 del Codice di commercio; i creditori che possono partecipare alla conclusione del concordato o che possono dare voto contrario, sono quei creditori i cui crediti furono verificati od ammessi provvisoriamente; in questi crediti non si computano i crediti con ipoteca, con pegno o con altro privilegio, se i creditori però non rinunciano all'ipoteca o al privilegio; da ciò si vede che la maggioranza che si richiede dall'articolo 719 non è la sola maggioranza in numero degli assenzienti, ma è anche la maggioranza degl'interessi; sicchè queste due maggioranze è necessario concordino e si coordinino per dare quell'effetto utile di che si parla riguardo al concordato, e quindi anche riguardo alla surroga del curatore. Non sappiamo se siano applicabili al caso dell'articolo 719 le particolari disposizioni riguardanti il concordato date dall'articolo 835; però non sapremmo vedere una logica e sufficiente ragione per non applicare anche al caso della surroga i rimedi che propone questo articolo 835 all'evento in cui si verificasse conflitto tra maggioranza numerica di creditori e minoranza di crediti o di interessi; quindi sembra che, seguendo l'opinione più favorevole dell'articolo 835, non si venga a dare un'interpretazione esagerata allo spirito dell'articolo 719.

Quando la maggioranza dei crediti e la maggioranza numerica dei creditori concorrano, il tribunale deve accordare la chiesta surrogazione; a questa surrogazione si fa luogo certamente con una sentenza, quantunque l'art. 719 non faccia parte di quelli enumerati dall'art. 912, come quelli per i quali è necessaria una sentenza od un'ordinanza; e siccome neppure è compreso l'art. 719 fra quelli enumerati dall'art. 911, pei quali non occorre la relazione del giudice delegato, così la deliberazione del tribunale per pronunziare la sentenza che accoglie la domanda di surroga e la accorda, è preceduta dalla relazione del giudice delegato fatta in pubblica udienza (art. 911). Inoltre, la sentenza con cui il tribunale nomina la persona di fiducia additatagli dalla adunanza dei creditori, non è appellabile in forza della prescrizione dell'art. 913, perchè l'art. 719 non cade in alcuna di quelle eccezioni ivi contemplate.

124. *Eccezione agli articoli* 714 e 716. — Come regola generale ed imprescindibile, il legislatore ha stabilito nell'art. 714 che non possono mai essere scelti per curatori di fallimento persone appartenenti alla massa dei creditori, o legate in parentela col fallito fino al quarto grado inclusivamente; e l'art. 716 stabilisce che per regola il curatore deve essere scelto tra gli iscritti nel ruolo. Ora, l'art. 719 coll'inciso " sebbene non compreso nel ruolo degli eleggibili od interessato nel fallimento , stabilisce una deroga all'art. 714 tanto forte che potrebbe ritenersi quasi un'abrogazione. Difatti l'articolo 714 contempla due casi nei quali il curatore deve sempre ritenersi interessato nel fallimento: uno, quello in cui il curatore

appartenga alla massa dei creditori, l'altro, in cui il creditore sia legato in parentela col fallito entro il quarto grado; ed in ambedue i casi sancisce la esclusione di questa classe di persone.

Invece l'inciso citato dall'art. 719, accordando ai creditori di scegliere un curatore di loro fiducia, ritiene valida la scelta di persona comunque interessata nel fallimento; tale rapporto d'interesse tra il nuovo curatore e il fallimento può essere vario, e quindi entrare anche in quel rapporto che il legislatore ha voluto escludere nell'articolo 714; quindi un debitore del fallimento potrà essere scelto come un creditore, come una persona imparentata col fallito entro il quarto grado.

Si potrebbe tuttavia giustificare la disposizione del legislatore all'art. 719, non accordando ad essa quella forza d'abrogazione dell'art. 714 che sembra presentare; avvegnacchè, ritenendo come principio generale che governa tutta la materia del fallimento in fatto di curatore la disposizione dell'articolo 714, allora la persona interessata nel fallimento sulla quale può cadere la scelta dei creditori a mente dell'art. 719, non può essere un parente nel quarto grado del fallito, nè un creditore; tutti gli altri individui che, per qualsiasi ragione, potranno essere interessati nel fallimento potranno essere scelti. Ma anche questa soluzione non si presenta per nulla esauriente; che invero, nella sezione che tratta del curatore ai fallimenti, tutte le persone, eccettuate quelle dell'art. 714, possono essere scelte a curatori di fallite ed iscritte nel ruolo dei curatori, quando, ben s'intende, presentino quelle generali condizioni di capacità tecnica e giuridica che la legge richiede per la idoneità ad esercitare l'ufficio di mandatario; il legislatore, quando intese di imporre un limite a questa libertà, sancì l'articolo 714; sicchè anche il debitore, e già lo si è osservato, del fallimento può essere e fra gli inscritti a ruolo ed essere scelto alla cura della fallita senza ricorrere per ciò all'inciso dell'articolo 719; dicasi similmente di tutte le altre persone per qualsiasi causa interessate nel fallimento. Allora non rimane più alcuna via d'uscita e l'inciso dell'articolo 719 costituisce una deroga espressa all'art. 714 sia per ciò che riguarda la massa dei creditori che per ciò che ha tratto con la parentela del fallito.

Il Vidari, in un *Commento* pubblicato immediatamente dopo la emanazione dell'attuale Codice, ritenne che l'inciso in disamina non costituisse una deroga all'articolo 714 (1), e il Calamandrei seguiva questo criterio ricalcando che una soluzione contraria a quella del Vidari non si poteva accogliere, " di fronte alle osservazioni fatte dalla Commissione legislativa, dai verbali della quale risulta che si volle anche ai creditori verificati imporre la limitazione della parentela e della affinità „ (2). Ma il Vidari, nel suo *Commento al nuovo Codice di commercio* pubblicato più tardi, ritornò sulla sua prima opinione, e ne emise una al tutto contraria, in forza di cui sostiene la deroga del principio dell'art. 714 fatta dall'art. 719; egli, ragionato sul come si giustifica la deroga riguardo alla massa dei creditori, si pone questa domanda: " Ma potrà codesta maggioranza scegliere all'ufficio di curatore anche un parente od un affine del fallito di qualunque grado? „; alla quale fa seguire la risposta: " Crediamo di sì; perchè la restrizione relativa alla parentela ed all'affinità riguarda i curatori nominati dal tribunale dietro parere dei creditori, e non quelli che il tribunale deve nominare se proposti dalla suddetta maggioranza, e perchè militano qui pure quelle medesime ragioni che persuasero al legislatore di lasciare ai creditori la nomina del curatore „ (3). A noi, che accettiamo l'opi-

(1) Il nuovo Codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, 2ª ed., art. 719.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 215, § 248.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 337, § 4519

nione del Vidari non per altro se non perchè è quella più ovvia alla lettera della legge, per quanto si presenti eccessiva la deroga fatta al disposto dell'art. 714, che dovrebbe essere il principio generale limitativo quanto agli estremi per essere scelto a curatore di una fallita, pare che l'illustre commercialista abbia fatta una argomentazione ben leggiera per giustificare il disposto dell'art. 719: il quale acquista una forza tanto maggiore di prevalenza sull'art. 714 per il fatto che il tribunale non può rifiutarsi di nominare la persona di fiducia additatagli dalla maggioranza dei creditori, e quindi nessun freno è opposto alla decisione dei creditori; non possiamo poi accordare alcun valore alla ragione che, secondo il Vidari, sta per la restrizione dell'art. 714 che, a detta di lui, riguarderebbe soltanto i curatori nominati dal tribunale, giacchè tutti i curatori, anche quelli dell'art. 719, sono nominati dal tribunale, e per la nomina loro deve concorrere o consultivamente o deliberativamente il voto della massa dei creditori; onde rimane che l'art. 714 è abrogato assolutamente per ciò che riguarda l'art. 719, e questa abroga acquista tanto maggior valore in quanto che nessun limite nè di tempo, nè di modo, nè di fase della procedura e dell'amministrazione della fallita è imposto per quello che i creditori possono aver ragione di chiedere in forza dell'art. 719.

Deroga anche, l'articolo in esame, al disposto dell'art. 716, ed aggiunge una seconda eccezione al principio ivi sancito: deroga ed eccezione espresse nell'inciso " sebbene non comprese nel ruolo degli eleggibili „; questa deroga, di un'importanza immensurabilmente inferiore a quella che abbiamo sopra discussa, completa il diritto della maggioranza dei creditori di scegliere quella persona di loro fiducia all'infuori delle prescrizioni del Codice in materia di curatore. Però questa disposizione non esclude che i creditori scegliendo una persona di loro fiducia interessata nel fallimento facciano cadere la loro scelta su un inscritto nel ruolo degli eleggibili; perchè una eccezione non è necessaria dell'altra, ma è soltanto correlativa, e questa è subordinata a quella stabilita dall'inciso " o interessata nel fallimento „, che è, come si disse, la più importante.

I creditori, a differenza del tribunale che, per l'art. 716, quando scelga persona non iscritta nel ruolo degli eleggibili deve motivare la esclusione degli inscritti, non sono tenuti ad alcuna motivazione; la scelta fatta secondo la maggioranza stabilita pel concordato elimina ogni altra formalità.

—

Art. 720.

Il tribunale può in ogni tempo rivocare il curatore e surrogare ad esso altra persona, a domanda di creditori o d'ufficio, dopo averlo sentito in Camera di consiglio.

Sommario.

125. *Importanza ed estensione di questo articolo.*
126. *Rivocazione per domanda dei creditori* (art. 726).
127. *Rivocazione d'ufficio.*
128. *Surroga d'altra persona.*

125. *Importanza ed estensione di questo articolo.* — Ben di leggieri ognuno, alla sola lettura dell'art. 720, intuirà tutta quanta la singolare importanza sua. Fino a questo punto il legislatore si era limitato a sancire alcune deroghe ed alcune modificazioni ai

principii generali che regolano la nomina del curatore, ed alle formalità dell'applicazione di tali principii; ma qui entra in un nuovo campo " *che da nissun sentiero era segnato* ". Anzitutto la portata dell'art. 720 è smisurata e tale, che può costituire, sotto un certo aspetto, da essa sola il vero principio e la vera base su cui si erge l'edifizio della nomina del curatore. Non limitazione nel tempo, perchè l'articolo dice che la revoca del curatore può avvenire " in ogni tempo "; non limitazione circa le cause, perchè il tribunale, d'ufficio e senza motivazione, chè l'articolo di ciò non dà il più lieve accenno, può rivocare e surrogare il curatore; non limitazione, infine, per la condizione e la qualità delle persone da scegliere in surrogazione del rivocato, perchè il legislatore non parla che del diritto del tribunale di surrogare al rivocato " altra persona ". Si vede quindi a quali estremi possa, e con tutta logica, condurre la disposizione contenuta nell'articolo 720. In esso è contenuta, per ciò che riguarda la condizione e la qualità degli eleggendi, la più assoluta deroga agli articoli 714 e 716; giacchè la disposizione secondo la quale il tribunale può surrogare al rivocato " altra persona ", intesa illimitatamente, equivale a dire che questo surrogante può essere scelto indifferentemente a beneplacito del tribunale, e fra le persone estranee alla massa dei creditori e fra quelle compresevi; e fra i parenti del fallito non compresi nel quarto grado, e fra i parenti in qualunque grado di parentela; e fra gli iscritti nel ruolo dei curatori e fra le persone che in esso non sono comprese. Inoltre, se applichiamo la massima " *quod legislator voluit dixit, quod noluit tacuit* ", veniamo ad un'altra e più grave conseguenza; perchè il tribunale, per l'art. 720, non è tenuto a sentire, nè con voto consultivo nè con voto deliberativo, la massa dei creditori; ed è la massima surriferita tanto più applicabile, in quanto che nell'art. 719 e nell'art. 717 il legislatore stabilisce che si intenda il parere dell'adunanza della massa dei creditori nell'un caso, e nell'altro che il tribunale a tale parere debba uniformarsi.

Qui, nell'articolo in esame, non si parla se non dell'obbligo che ha il tribunale, che passi alla revoca, di sentire " in Camera di consiglio ", probabilmente, il rivocando: e diciamo probabilmente, perchè l'inciso " dopo averlo sentito in Camera di consiglio " non riesce a riattaccarsi ad alcuna proposizione o ad alcun individuo nominato nel contesto dell'art. 720, se non al surrogando; nè si sa vedere a quale scopo il tribunale debba chiamare in Camera di consiglio il curatore che viene rivocato, se non sia per avere da lui la giustificazione di quegli atti i quali possano per avventura aver provocata la revoca; nè quale conto debba tenere di tale giustificazione data dal curatore rivocato; che se le giustificazioni valgono a persuadere il tribunale della regolarità dell'amministrazione e della onestà ineccepibile di esso amministratore non si riesce a snebbiare dall'art. 720 se il tribunale debba o non debba far luogo ugualmente alla revoca ed alla surrogazione. Ma v'ha di più; mentre l'art. 719, giustamente considerando che l'amministrazione del patrimonio della fallita tocca direttamente agli interessi della massa dei creditori, stabiliva che la domanda di surrogazione, avanzata dalla maggioranza dei creditori, dovesse sempre essere accolta, e la surrogazione accordata dal tribunale, con l'articolo 720, invece, il tribunale, a cui i creditori domandino la revoca di un curatore, non è obbligato ad accogliere la domanda e molto meno a far luogo alla revoca ed alla surrogazione, giacchè l'articolo dice che il tribunale " può ..... rivocare il curatore ": è quindi una facoltà, un diritto concesso al tribunale, non un obbligo fattogli; e sembrerebbe quasi, per la sua posizione numerica, che l'art. 720 con la sua assoluta sanzione debba invalidare anche l'art. 719 rendendo nullo l'obbligo fatto ivi al tribunale.

L'art. 568 del cessato Codice era assai più chiaro di questo dell'attuale Codice; perchè il legislatore del 1865, accordando al tribunale la facoltà di surrogare altri sindaci a quelli nominati o confermati definitivi, stabiliva una procedura particolare sancita nell'art. 571; secondo il quale, quando vi fosse luogo ad aggiungere o surrogare uno o più sindaci definitivi, il giudice delegato ne fa relazione al tribunale, che, veduto il processo verbale della seguita adunanza dei creditori, o premessa una nuova convocazione dei medesimi in conformità degli articoli 567 e 568, nomina i nuovi sindaci. In questa guisa i creditori erano guarentiti da qualsiasi arbitrio dell'autorità giudiziaria, locchè invece non si può dire più nello stato presente della legislazione nostra commerciale. Il Codice commerciale neerlandese (art. 788) riguardo alla surroga dei sindaci per avvenuta revoca di tutti o di alcuno di essi, dà norme simili a quelle del Codice italiano cessato; e parimente il Codice francese (art. 462-464) non abbandona all'arbitrio del tribunale la surroga dei sindaci rivocati.

126. *Rivocazione per domanda dei creditori.* — I creditori, nell'interesse dell'amministrazione del patrimonio della fallita, hanno diritto di chiedere in ogni tempo ed in ogni fase dell'amministrazione stessa e della procedura del fallimento, la rivocazione del curatore attuale e la surroga mediante un'altra persona. I creditori avanzano al tribunale questa loro domanda per mezzo della delegazione dei creditori ed anche per mezzo del presidente di questa, secondo il dettato dell'art. 726, ultimo comma, dell'attuale Codice di commercio. La domanda di revoca non ha bisogno di essere motivata su qualche particolare ragione; perchè, oltre il silenzio in proposito del legislatore all'articolo 720, abbiamo il disposto dell'ultimo comma dell'articolo 726, il quale parla di provvedimenti che in delegazione dei creditori reputi opportuni all'interesse della massa; onde da ciò deriva che basterà ad essa, per domandare la revoca da parte dei creditori, il sospetto che il curatore attuale amministri male il patrimonio della fallita, anche se tale sospetto da nessun fatto sia avvalorato per adonestare la domanda dei creditori. Tuttavia quest'amplissima libertà, che il legislatore concede nella tutela dei loro proprî interessi ai creditori, non dev'essere abusata dai creditori, nè sta nell'interesse di questi di domandare la revoca e la surroga del curatore per il solo capriccio di veder una persona meglio che un'altra occupare tale ufficio; e crediamo che il legislatore non abbia creato al tribunale l'obbligo di accogliere ed evadere favorevolmeute la domanda dei creditori, nell'intento che possa l'autorità giudiziaria porre un freno all'eventuale abuso della facoltà concessa ai creditori dall'articolo 720. Il Calamandrei (1) solleva una questione riguardo a questo diritto dei creditori; il quale, a sua opinione, non è un diritto della massa dei creditori, ma è un diritto dei creditori *uti singuli;* possono, cioè, i creditori domandare singolarmente, individualmente la revoca del curatore e la surrogazione con altra persona, come può la massa domandare, alla stregua dello stesso dettato di legge, la medesima provvisione da parte del tribunale. Il Calamandrei asside la sua opinione sul fatto che il legislatore parla non della domanda *dei* creditori, ma di domanda *di* creditori, sicchè evidentemente allude al diritto concesso ai creditori stessi di agire sia collettivamente come massa, che individualmente come singoli aventi diritto nei rapporti patrimoniali della fallita; il Calamandrei, cita in sostegno della sua tesi, l'autorità del Boulay-Paty, che, in sostanza, ammette il diritto in ciascuno dei creditori di domandare la revoca e la surroga del

(1) Op. cit., vol. I, pag. 216, § 250.

curatore; e noi accettiamo l'opinione del commercialista italiano, per quanto basata su una distinzione forse troppo sottile e sofistica; però l'accettiamo proponendo una distinzione riguardo all'accettabilità o meno della domanda di creditori *uti singuli;* cioè, se il tribunale dev'essere guardingo nell'accordare favore alla domanda della massa dei creditori, tanto più dev'essere guardingo nello accettare tale domanda inoltrata da una parte alle volte minima, individua, dei creditori; perchè è assai più facile che tale domanda di una sola persona sia l'effetto di un ingiustificato sospetto, di un moto inconsulto dell'animo, di una fantasmagoria personale, piuttosto che il frutto di vere cause di dubbia amministrazione, di ponderate considerazioni sulla condotta del curatore rivocando; e di più, se la domanda inoltrata dalla massa dei creditori non è uopo sia motivata, la domanda della persona sola o di poche persone, non solo deve essere motivata, ma i motivi esposti devono essere ampiamente giustificati, perchè anche il curatore ha diritto di essere difeso contro domande che possono implicare sospetti ingiuriosi contro la sua onestà e procurargli non lievi danni morali e materiali.

121. *Rivocazione d'ufficio.* — Qualora al tribunale sembri conveniente, per motivi da esporsi nella sentenza che, a mente dell'art. 913, deve essere pronunziata per rivocare il curatore, di togliere ad un curatore l'amministrazione del patrimonio della fallita per surrogarvi un'altra persona, l'articolo 720 gli accorda la facoltà di rivocare e di surrogare d'ufficio il curatore attuale. Il tribunale può rivocare d'ufficio il curatore senza attendere la proposta su ciò del giudice delegato il quale è facoltizzato dall'art. 727 a fare, anche d'ufficio, cioè senza aver sentito i creditori e senza che vi sia una loro domanda, la proposta della rivocazione del curatore; notiamo qui che il giudice delegato, accoglie e poi trasmette al tribunale le domande di rivocazione del curatore proposte dai creditori; se però il giudice delegato ha soprasseduto alla trasmessione delle domande al tribunale per otto giorni, ed in questi otto giorni non furono tali domande presentate, i creditori hanno diritto di porgere le loro domande direttamente al tribunale (art. 728).

La rivocazione e la surroga fatte d'ufficio dal tribunale, senza che sia intervenuta la proposta d'ufficio del giudice delegato, vengono deliberate dal tribunale stesso raccolto in Camera di consiglio; e la sentenza con cui si ordina tale provvedimento, deve essere motivata per due ragioni principalmente: e cioè, perchè è principio generale che le sentenze emanate da qualsiasi autorità giudiziaria in qualsiasi occasione devono essere motivate sotto pena di nullità; poi perchè se una motivazione generica può bastare per la domanda innoltrata dalla massa dei creditori per proporre la revoca del curatore, perchè questi sono i più direttamente interessati ad una buona amministrazione, e quindi hanno diritto di cercare tutte le possibili garanzie a tale scopo, essa non può essere sufficiente per l'autorità tribunalizia, la quale passando ad un provvedimento di tanta gravità quale è quello di rivocare e surrogare il curatore, deve motivare, ed ampiamente, la causa del provvedimento stesso onde giustificarlo.

L'art. 728 solleva una questione che il legislatore, gravemente errando, non ha neppure proposta nella compilazione dell'art. 720 ove avrebbe, per vero, dovuto essere collocata. Per l'art. 728, dunque, anche il fallito può domandare la revoca del curatore; e la sua domanda va presentata al giudice delegato il quale non avendone riferito al tribunale entro gli otto giorni successivi alla presentazione della domanda, può il fallito proporre direttamente la revoca al tribunale; crediamo che, valendosi il fallito di questa facoltà di chiedere la revoca del curatore, la delegazione dei creditori, in forza del dettato dell'art. 726 possa

chiedere di sentire il fallito, trattandosi appunto di un interesse che tocca direttamente il patrimonio del fallimento. La facoltà che il nostro legislatore concede per l'art. 728 al fallito, facoltà che il Codice cessato, all'art. 574, e il Codice francese all'art. 467, assicurangli pure, è una prova diretta, tratta dalla lettera e dallo spirito della legge, che il curatore rappresenta nella amministrazione patrimoniale anche il fallito; che se così non avesse stimato il legislatore, indubbiamente non avrebbe accordata una tale facoltà al fallito.

La rivocazione del curatore a mente dell'art. 720 sia chiesta dalla massa dei creditori, o da alcuni fra essi, o dal fallito, o sia proposta d'ufficio dal tribunale, siccome può intervenire in ogni tempo della procedura e dell'amministrazione del fallimento, così può colpire tanto il curatore provvisorio, quanto il definitivo nominato dal tribunale, sentito il voto consultivo dell'adunanza dei creditori, quanto il curatore definitivo nominato dal tribunale su domanda espressa e voto deliberativo della massa dei creditori per l'art. 719; si intuisce facilmente come il curatore provvisorio possa, nel tempo che tiene l'amministrazione del patrimonio della fallita, commettere atti o passare ad operazioni che provochino i sospetti degli interessati, e quindi la domanda di revoca.

128. *Surroga d'altra persona.* — Se riguardo alla rivocazione del curatore si possono sollevare questioni di non grave importanza, così non è riguardo alla surroga che è resa necessaria dalla vacanza dell'ufficio avvenuta per la rivocazione dell'attuale curatore; fra le molte e svariate questioni che possono sorgere su ciò noi accenneremo soltanto alcuna delle principali.

Nell'evento che la domanda di rivocazione e la surroga si verifichino contro un curatore provvisorio, e quindi entro i venti giorni che corrono tra la nomina del curatore provvisorio e la nomina del curatore definitivo (art. 691), il periodo che si inaugura con la surroga del curatore, il quale è tuttavia provvisorio, decorre intero nel limite dei venti giorni stabiliti perchè si passi alla nomina del curatore definitivo, oppure dopo un nuovo periodo di venti giorni dalla data della sentenza che pronuncia la rivocazione e la surroga? Noi crediamo di no; perchè l'art. 691, che governa tale materia, fissa come limite massimo un periodo di giorni venti; ma il tribunale può sempre radunare l'adunanza dei creditori prima del decorso di quel periodo e passare alla nomina di un nuovo curatore definitivo, o confermare definitivamente nell'ufficio il curatore provvisorio; quindi il periodo di venti giorni non si rinnova per la rivocazione del primo curatore provvisorio e la surroga di un altro nello stesso ufficio, ma decorre dalla data della sentenza che nominava il primo curatore rivocato, e prosegue fino a completarsi non ostante la nomina di un nuovo curatore provvisorio.

L'art. 720 in esame, e gli articoli 727 e 728 nelle parti che si riferiscono alla disposizione contenuta in esso, parlano della rivocazione e della surrogazione del curatore, ma non dànno alcuna luce sul modo con cui a tale surrogazione si addivenga. Omettendo qualsiasi considerazione sulla qualità della persona che può essere scelta a surrogare il curatore rivocato, perchè reputiamo che dinanzi ad un provvedimento tanto essenziale e importante come quello della revoca, cadano tutte le altre restrizioni imposte dalla legge sull'esercizio dell'ufficio di curatore di fallimenti, eccettuate forse quelle dell'art. 714; veniamo ad alcune considerazioni sulla posizione del curatore surrogato di fronte alla massa, al fallito e al tribunale che lo ha nominato d'ufficio. Come principio generale che impera su tutta la laboriosa procedura del fallimento, sta che, quando si debbano prendere riguardo al patrimonio della fallita ed alla sua amministrazione, provvedimenti che interessino

la massa dei creditori, questi devono essere radunati ed i provvedimenti a prendere devono essere loro comunicati. Ora qui si domanda: il curatore che viene surrogato al rivocato, quale veste e quale posizione assume? È provvisorio? È definitivo? Evvi bisogno di voto consultivo o deliberativo della massa dei creditori, per insediare definitivamente nel suo ufficio il nuovo curatore?

Eccettuato il caso che ad un curatore provvisorio rivocato quando è ancora tale si surroghi un altro curatore provvisorio, chè in tale caso si segue la regola tassativa dell'art. 717, crediamo che alle suesposte domande si debba rispondere in due modi, facendo cioè una distinzione.

Se il curatore venga surrogato su domanda della massa dei creditori, crediamo che il curatore surrogante sia definitivo dal momento della sua nomina, perchè il principio che la massa del creditori debba sempre ingerirsi nella nomina del curatore è completamente seguito, dal momento che la domanda fu proposta dalla massa dei creditori; però anche su questo conviene distinguere il caso in cui i creditori, domandando la revoca del curatore e la surroga con altra persona propongano anche la persona da surrogarsi e il tribunale accolga completamente, anche riguardo al surrogante, la domanda dei creditori, dal caso in cui i creditori non propongano la persona, e il tribunale accogliendo la domanda di revoca surroghi al curatore rivocato una persona di sua scelta: nel primo di questi due casi il curatore è senz'altro definitivo, e sottostarà al dettato intero dell'art. 718 dopo che, come prescrive questo articolo, gli sia fatta dal cancelliere notificare la sua nomina a curatore; il secondo caso rientra invece, a parer nostro, completamente nel numero di quelli che poniamo nella seconda distinzione principale.

La quale si ripete intieramente sul disposto dell'articolo 717 e comprende questi casi: 1° il curatore viene rivocato e sostituito su proposta di una parte dei creditori; 2° il curatore viene rivocato e sostituito su domanda del fallito; 3° il curatore viene rivocato e sostituito su domanda d'ufficio del giudice delegato; 4° il curatore viene rivocato e sostituito d'ufficio dal tribunale; 5° infine il curatore viene rivocato e sostituito su domanda della massa dei creditori, ma la persona scelta a nuovo curatore è nominata d'ufficio dal tribunale. In tutti e per ciascuno di questi cinque casi, noi non dubitiamo di asserire che il tribunale debba convocare l'adunanza dei creditori, e sentito il parere di questa sulla persona scelta, dato che la revoca e la sostituzione sieno avvenute, passare alla nomina definitiva di questa od accogliere quella proposta che la massa dei creditori, in base all'art. 719, possa fare al tribunale, anche quando la proposta della massa dei creditori cadesse sulla persona che fu rivocata; giacchè questa nomina sarebbe la prova più ampia e convincente della fiducia che il rivocato godrebbe dai creditori e rientrerebbe quindi perfettamente nello spirito e nella lettera dell'art. 719; il Vidari appoggia validamente la nostra opinione (1).

Dice ancora l'art. 720 che il tribunale deve sentire in Camera di consiglio il rivocando (?). Diciamo rivocando, perchè appunto il curatore attuale che si tratta di surrogare, deve essere interrogato dal tribunale prima che la sentenza della decadenza sua dall'ufficio di curatore sia pronunciata, trattandosi di una sentenza la quale è inappellabile e non può essere impugnata con la opposizione (art. 913); ora il Calamandrei (2) ed il Vidari trovano incompleta la disposizione del legislatore; e il primo di questi autori, a correggere la dimenticanza del legislatore suggerisce, che nessuna disposi-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 329, §§ 4510 *bis*, 4511, pag. 387, § 4521.

(2) Op. cit., I, pag. 317, § 251.

zione del Codice vietando al tribunale di sentire, sulla proposta di revoca del curatore, sia il fallito proponente, che il creditore instante, anzi essendo in facoltà del tribunale di sentire quando che sia il fallito o i creditori anche *uti singuli*, oltre il rivocando può il tribunale chiamare ed interrogare in Camera di consiglio o il fallito o il creditore che domandino la revoca; il secondo autore invece sostiene che il tribunale non può mai sentire, al caso dell'articolo 720, l'instante, sia un creditore, sia il fallito; però soggiunge " la qual cosa, a dir vero, non è completamente corretta, perchè la verità potrebbe scaturir meglio dal vivo dibattimento fra accusatore ed accusato che non da codesta procedura in campo chiuso ed alla sordina, per così dire, fra accusato e Camera di consiglio ", (1). Noi crediamo più vera l'opinione del Calamandrei e anche più utile agli interessi della fallita e sopratutto più basata sullo spirito della legge e della moralità che deve accompagnare anche l'applicazione più stretta e fiscale della lettera della legge.

L'art. 911 stabilisce, per eccezione, che allo scopo dell'art. 720 non v'è d'uopo della relazione del giudice delegato in udienza; la deliberazione del tribunale circa la revoca e la surroga del curatore, tanto d'ufficio che su proposta dei creditori o del fallito, è raccolta nella sentenza che pronuncia sulla accoglienza fatta alla proposta o che rende nota la deliberazione del tribunale.

Il Vidari (2) rammenta gli articoli 360 e 361 del Codice di procedura civile per negare alla sentenza del tribunale su questa materia l'obbligo della motivazione, stante che contraddittorio non vi è, ed è solo il contraddittorio che rende necessaria la motivazione della sentenza; ma noi accettiamo come più equa e più conforme anche alla particolarità del caso l'opinione del Calamandrei, giacchè " .... il provvedimento stesso è una vera e propria sentenza, pronunciata, per eccezione, senza contraddittorio delle parti; e come sentenza deve contenerne gli elementi, fra i quali, quindi, anche la motivazione ", (3); ed accettando l'opinione di questo ultimo autore rimandiamo più addietro il lettore su ciò che esprimemmo riguardo alla esposizione dei motivi della rivocazione e della surroga, onde si contempera così in certo modo l'opinione dei due commercialisti italiani; l'art. 913, come si è già avvertito, rende queste sentenze del tribunale inappellabili e non soggette ad opposizione.

Ci sembra appena utile accennare che il curatore surrogato al curatore che si revoca per l'art. 720, deve uniformarsi, per ricevere la consegna dell'amministrazione dal curatore uscente d'ufficio, alle disposizioni dell'articolo 718, ultimo comma; dopo la ricevuta consegna, esso è pienamente responsabile della propria amministrazione.

—

Art. 721.

Il curatore non è di regola tenuto a dar cauzione, ma se concorrano speciali motivi desunti dalla natura del patrimonio del fallito o dalle condizioni dell'amministrazione, il tribunale può imporgli tale obbligo nella sentenza dichiarativa del fallimento o con altra posteriore, d'ufficio o ad istanza della delegazione dei creditori.

(1) Op. e pag. citate. — (2) Op. cit., vol. VIII, pag. 339, § 4521 *bis*. — (3) Op. cit., vol. I, pag. 217, § 251

La somma per la quale deve darsi cauzione è determinata dal tribunale, sentito il parere della delegazione.

Art. 722.

Appartiene al tribunale il determinare la misura della retribuzione dovuta al curatore per l'opera che presta.

La retribuzione non può consistere che in una somma fissata per tutta la durata del fallimento ovvero in una somma determinata in ragione di un tanto per cento sull'ammontare dei valori incassati.

Essa è pagata a rate o a frazioni al tempo delle successive ripartizioni di attivo tra i creditori in proporzione di ciò ch'essi ricevono.

Sommario.

129. *La cauzione è una misura eccezionale.*
130. *Quando si può imporre la prestazione di una cauzione al curatore:*
a) *per le condizioni della fallita;*
b) *per riguardo alle fasi della procedura del fallimento.*
131. *Natura della cauzione e sua quantità.*
132. *Durata della cauzione e restituzione di essa.*
133. *L'ufficio di curatore non è gratuito.*
134. *La retribuzione del curatore è proporzionata all'opera che presta.*
135. *Divisibilità della retribuzione.*
136. *Percentuale della retribuzione dell'ammontare dei valori incassati.*
137. *Generalità sull'ufficio e sulle mansioni del curatore.*

129. *La cauzione è una misura eccezionale.* — La regola che impera nei rapporti tra l'amministratore comunque nominato e il patrimonio del fallimento, è che il curatore non presti alcuna garanzia o cauzione per sicurezza della buona amministrazione ch'egli sarà per fare. Il Codice italiano di commercio è l'unico che ammette un'eccezione a questa regola, dando al tribunale la facoltà di richiedere una cauzione quando però concorrano speciali motivi desunti dalla natura del patrimonio del fallito o dalle condizioni dell'amministrazione. Nel Codice di commercio del 1865, come in quelli francese, belga, olandese, spagnuolo, chileno, brasiliano, turco, egiziano, argentino, non si contiene nessuna disposizione che s'assomigli a quella dell'art. 721 del Codice italiano di commercio; e la ragione di tale mancanza è, per la maggior parte di essi, questa: che vigendo per essi il sistema dei sindaci tolti dalla massa dei creditori, la garanzia eventuale che il legislatore italiano del 1882 cerca nella imposizione d'una cauzione, tali Codici la trovano invece nella pluralità degli amministratori, e nella loro diretta appartenenza alla massa.

Sembrerebbe che posta in simil guisa la questione venga, logicamente, ad invertirsi la posizione dell'obbligo di prestar cauzione di fronte al non obbligo di prestarla; e cioè, che la regola sia la prestazione di fale garanzia, l'eccezione la non prestazione.

Però tale dubbio verrà subito dissipato, considerando come colla imposizione di una

cauzione all'amministratore anche di piccolo fallimento, si veniva a creare un ostacolo gravissimo a che la persona scelta all'ufficio di curatore accettasse l'ufficio offertole, perchè il più delle volte gli scarsi emolumenti ritratti da una tale prestazione d'opera non avrebbero valso a compensare l'incomodo e la gravezza della prestata cauzione; e la Commissione del 1869 per gli studii preparatori dell'attuale Codice di commercio così ragionava: " Essendo stabilita la massima, che il curatore sia nominato fra persone estranee alla massa dei creditori, la legge deve determinare quali saranno i diritti e i doveri che gli derivano dall'incarico ricevuto.

" L'indole dell'ufficio di cui si tratta richiede che si esamini in primo luogo se il curatore sarà obbligato a dare cauzione, come è prescritto per i tutori dal Codice civile. Non v'ha dubbio però che, essendo, nella maggior parte dei casi, i fallimenti di poca importanza, questa obbligazione sarebbe sufficiente ad allontanare dall'ufficio di curatore una gran parte delle persone che potrebbero sostenerlo utilmente; ma possono anche verificarsi dei casi nei quali la prudenza consiglierà di prendere questa cautela. E perciò sembra conveniente che, pronunciando non essere il curatore tenuto di regola a dar cauzione, si accordi al tribunale la facoltà di imporre tale obbligo, colla sentenza dichiarativa o con altra posteriore, sia d'ufficio, sia sopra istanza della delegazione dei creditori, allorchè concorrano speciali motivi, in ragione del patrimonio del fallito o delle condizioni dell'amministrazione „ (1).

Come si vede, i motivi della disposizione dell'art. 721, esposti dalla Commissione che ha compilato il Codice, non dànno alcuna norma fissa per stabilire quando sia il caso di imporre la cauzione e quando invece tale garanzia non si debba chiedere: solamente si dice che i motivi devono dedursi dalle peculiari condizioni del patrimonio del fallito o da quelle dell'amministrazione; e tale deduzione è abbandonata al criterio del tribunale come vedremo qui appresso. Ma se il Codice stabilì come eccezione l'obbligo della cauzione, la Facoltà universitaria legale di Torino opinò invece che la regola fosse la prestazione così ragionando: " per l'importanza degli atti affidati al curatore, per la validità dei suoi poteri che lo possono mettere in possesso (ancorchè solo per breve tempo) di considerevoli valori ed anche per la mercede che gli è corrisposta, egli di regola dovrebbe essere obbligato a prestare cauzione, ma dovrebbe essere data facoltà al tribunale di dispensarnelo, quando si tratti di fallimenti di minima importanza. Ritiene, infatti, che posta come regola la esenzione dalla cauzione, sia difficile richiederla ed ordinarla in un determinato caso, senza dimostrare diffidenza verso il curatore nominato, mentre invece nessuno potrà mai lagnarsi dell'obbligo della cauzione, quando questa sia prescritta per regola dalla legge, salvo ad ottenere la dispensa in via di eccezione per la tenuità del fallimento o per altri motivi speciali ad ogni singolo caso „ (2).

Al Calamandrei (3) le osservazioni di sopra esposte sembrano giustissime; il Vidari (4) invece, neppure accenna al parere della Università torinese e si accontenta di riportare i motivi espressi dalla Commissione. Noi abbiamo detto diggià come logicamente si dovrebbero aver adottate le osservazioni ed i criteri avanzati dall'Università di Torino, i quali riconosciamo giustissimi, teoricamente però; giacchè lasciando al curatore il giudizio sulla necessità minore o maggiore di prestare la cauzione per la domanda di essere dispensato dal-

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 4 febbraio 1872.

(2) Ibid.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 219, n. 252.

(4) Op. cit., vol. VIII, pag. 332-333, § 4515.

'obbligo stabilito in linea di regola dalla legge, si sarebbe avuto ad ogni nomina di curatore, qualunque fosse l'entità della fallita, una domanda di dispensa dall'obbligo della cauzione, che il tribunale non sempre bene illuminato od anche adescato dalla autorità della persona che la dispensa chiedeva, avrebbe forse accordata con danno grave dell'amministrazione del fallimento; ed in ogni modo un *ibis redibis* di domande e di responsi che avrebbe tirato troppo per le lunghe la effettiva assunzione dell'ufficio del curatore: sicchè non par dubbio che, data la regola della cauzione, il prestarla effettivamente sarebbe divenuto un'eccezione più rara assai di ciò che oggi si presenti l'applicazione dell'eccezione opposta; per questo noi crediamo che sia stato più accorto il legislatore italiano adottando la attuale disposizione del Codice di commercio all'articolo 721.

130. *Quando si può imporre la prestazione di una cauzione al curatore:*

a) *per le condizioni della fallita.* — Stabilita la eccezione di prestare la garanzia, il legislatore ha appena segnato il quando possa essere utile che il tribunale imponga tale obbligo al curatore; e abbandonando interamente al criterio dell'autorità giudiziaria lo stabilire l'opportunità d'applicare la eccezione dell'art. 721, ha detto che il tribunale può imporre tale obbligo al curatore, se concorrano speciali motivi, tanto d'ufficio quanto su istanza della delegazione dei creditori, e lo può in ogni momento dell'amministrazione.

Questi speciali motivi, desunti dalla natura del patrimonio del fallito o dalle condizioni dell'amministrazione, quali saranno? Quale guida seguirà il tribunale per dedurre tali motivi da quegli estremi che la legge accenna, e quale criterio userà in simili deduzioni? Quali dovranno essere le condizioni dell'amministrazione e la natura del patrimonio del fallito?

Regola generale, che l'autorità tribunalizia dovrà seguire nell'imporre al curatore nominato la prestazione di una cauzione, è che il fallimento si presenti di una non comune importanza più per la materiale sua entità che per le difficoltà che possa presentare l'amministrazione per i molti conflitti d'interessi a cui la liquidazione può dar luogo. Giacchè la cauzione ha la ragion sua nell'importanza materiale della fallita; onde derivi un dubbio che in quell'ammasso d'affari possano poi rilevarsi delle irregolarità di amministrazione imputabili a dolo, a colpa o ad imperizia del curatore, le quali egli debba sanare mediante la garanzia che presta, e così come stabilisce la legge quando la cauzione non fosse sufficiente. Ma non crediamo che le particolari difficoltà dipendenti dalla congerie arruffata di diritti che possono cozzare nel fallimento, e che richiederebbero una non comune intelligenza ed abilità nel curatore nominato, possano essere sufficiente motivo perchè il tribunale impongagli la cauzione; il tribunale in questo caso scelga una persona nota appunto per codeste qualità e nomini quella all'ufficio di curatore, senza imporgli la cauzione, giacchè neppure tale obbligo varrà, nel caso che il curatore meno abile ad esso si sobbarchi ed accetti, a snebbiare la sua intelligenza ed a fargli acquistare una abilità che non gli appartiene. Su questo principio generale che regge la eccezione della prestata garanzia, non può esservi dubbio dal momento che la stessa Commissione degli studi preparatori parla sempre di entità materiale, finanziaria ed economica, diremo, del fallimento, nelle esposizioni dei motivi della legiferazione. Ma dato pure che concorra la entità materiale della fallita, perchè il tribunale imponga l'obbligo della cauzione, non è ancor detto che ciò solo basti; avvegnacchè la prudenza sola, prudenza desunta dallo studio delle qualità morali e finanziarie anche del curatore nominato, deve essere quella che consiglia e decide l'autorità giudiziaria a chiedere al curatore che presti la cauzione; e il criterio della

prudenza deve essere usato in modo che ad un curatore di troppo nota abilità amministrativa, di integerrima onestà e di non dubbia solvibilità, non si imponga l'obbligo della cauzione per quanto il fallimento e l'amministrazione sua presentino quegli estremi che la legge addita come concorrenti per domandare al curatore la cauzione; la prudenza è appunto invocata dalla Commissione intorno all'applicazione dell'art. 721 (1), perchè quando tale prudenza non abbia ad allarmarsi, sicura delle personali garanzie dell'autore, il tribunale rinunci alla facoltà accordatagli dall'articolo in esame. Seguendo questi due principii generali, il tribunale viene alla considerazione della natura del patrimonio del fallito e delle condizioni dell'amministrazione.

La natura del patrimonio del fallito è una espressione che è dubbia assai e che però va intesa *cum grano salis:* si intende dal legislatore per natura del patrimonio, la qualità dei beni dai quali il patrimonio è composto; qualità che si limita a due forme: o il patrimonio è composto di beni immobili od è composto di mobili. È assai probabile che il patrimonio di un fallito, per la qualità di commerciante rivestita da lui, sia composto totalmente da beni mobili, o merci o carte di crediti od oggetti di valore od altri mobili, sia appartenenti direttamente al commercio del fallito o appartenenti ai suoi beni patrimoniali; avviene però, in casi rarissimi, che il patrimonio sia rappresentato da immobili solamente, e più di spesso che esso consti sia dell'una che dell'altra specie di beni; regola generale è, che la prudenza consiglia a cautarsi quando i beni presentino maggiore facilità a diversioni, a sottrazioni, a trafugamenti, quando, cioè, sieno beni mobili; nel caso di patrimonio misto la facilità di una triste amministrazione ed infedele diminuisce; e s'attenua ancor più se il patrimonio è unicamente composto da immobili.

Ciò non toglie, tuttavia, che il tribunale, mosso dall'unica e prevalente considerazione che il patrimonio del fallimento presenta un'entità molto considerevole, astraendo dalla qualità dei beni da cui esso è composto, imponga al curatore di prestar cauzione; tanto più che la legge parla di natura del patrimonio del fallito, e non distingue se la qualità dei beni patrimoniali possa singolarmente influire sulla decisione dell'autorità giudiziaria.

Per ciò che riguarda le condizioni della amministrazione, non riesciamo a comprendere, neppure dagli studii della Commissione, cosa il legislatore abbia voluto intendere per " condizioni dell'amministrazione „; giacchè, eliminata, per quello che dicemmo sopra, la considerazione dell'entità economica del patrimonio della fallita, rimane quella che volentieri chiamiamo entità giuridica, ossia il complesso di quei conflitti di diritti che originano dalla procedura del fallimento o dalla quantità ed importanza degli interessi che cozzano nella fallita. Abbiamo avvertito che su questo la cauzione non può aver nessuna influenza; perchè all'infuori dell'onestà dell'individuo scelto a curatore, l'elemento, le qualità che in un amministratore si cercano quando si tratti d'un fallimento che presenti serie difficoltà giuridiche, consistono nella di lui abilità ed intelligenza, in mancanza delle quali nessuna cauzione potrà valere a garantire ai creditori ed al fallito una illuminata amministrazione.

Dunque la dizione " condizioni dell'amministrazione „ ha tutto il carattere di essere oziosa, o di essere un afforzamento aggiunto alla dizione " la natura del patrimonio del fallito „; il Vidari (2) anche qui si limita a ripetere *per extenso*, le parole del legisla-

(1) La legge commerciale germanica che segue in parte il sistema della italiana, non parla di motivi per cui il tribunale possa chiedere la cauzione: § 70, n° 2: " Das Gericht kann dem Verwalter die Leistung einer Sicherheit auferlegen „.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 332, § 4515.

tore; ma di ciò non eravi bisogno, chè la laconicità della legge era sufficiente per dire quello che è nella lettera del legislatore. Invece sembra a noi che in un caso specialmente possano avere una interpretazione più ampia che la letterale, le parole della legge; e questo caso è quello in cui essendosi nominato un amministratore che goda la fiducia dei creditori (art. 719) senza osservanza alle restrizioni imposte dall'articolo 714, il tribunale giudichi opportuno, per allontanare ogni possibilità di un'amministrazione parziale o in favore della massa dei creditori o in favore del fallito, di imporre al curatore nuovamente scelto la prestazione di una cauzione; allora il tribunale impone d'ufficio la prestazione; altro caso a questo analogo si presenta quando, per l'art. 720, il tribunale abbia rivocato il curatore attuale sostituendogliene un altro; allora, per qualsiasi ragione, la massa dei creditori può chiedere che questo neo eletto curatore presti la cauzione. Crediamo inutile avvertire che alla prestazione della garanzia, quando venga proposta, è tenuto sempre il curatore, sia esso provvisorio o sia definitivo.

b) *per riguardo alle fasi della procedura del fallimento.* — Lo scopo della cauzione è quello di assicurare agli interessati una buona amministrazione da parte della persona scelta alla gestione degli affari della fallita, interessando, quasi, il curatore stesso negli affari del fallimento colla permanenza di un pericolo di perdita, quale è quello segnato dalla cauzione prestata a garanzia di tutti quei danni che potranno pel fatto di esso curatore colpire il patrimonio del fallimento; la qual cauzione non essendo certo idonea a coprire un'ampiezza di danneggiamento che superi il suo ammontare, e perciò non sgravando il curatore infido dell'obbligo di rispondere coi beni suoi patrimoniali, tuttavia lega il curatore con tenacissimi vincoli all'adempimento del suo incarico e lo assicura della materiale sua responsabilità. Dato questo carattere materiale e giuridico della cauzione prestata dal curatore del fallimento, risulta logico ed evidente il principio in forza del quale può essere il curatore astretto dall'autorità tribunalizia a prestare la cauzione. Ed invero l'art. 721 stabilisce espressamente che il tribunale può imporre tale prestazione al curatore o con la sentenza dichiarativa del fallimento, il che accadrà riguardo al solo curatore provvisorio (articolo 791), o con altra sentenza posteriore alla prima, e quindi tanto al curatore provvisorio che al definitivo: vuol dire, quindi che l'obbligo della cauzione può essere imposto in qualsiasi momento al curatore; così esige la sicurezza dell'amministrazione e così ha pensato e sancìto il legislatore formulando l'art. 721. L'obbligo della cauzione è sempre imposto al curatore con sentenza, sia con la sentenza dichiarativa del fallimento, sia con la sentenza che nomina il curatore definitivo o conferma nell'ufficio definitivamente il curatore provvisorio, sia con una sentenza che viene pronunciata al solo intento di imporre la cauzione. Veramente a questo punto sorge un dubbio, e cioè: quando al curatore nominato definitivamente non sia stata contemporaneamente alla nomina imposta la prestazione della cauzione, e il tribunale o d'ufficio o su proposta della delegazione dei creditori, sentenzi che il curatore debba prestare la cauzione, può, senza dover rinunciare all'ufficio, rifiutarsi l'amministratore a prestar garanzia? La lettera della legge parla della sentenza dichiarativa del fallimento, la quale, ognun sa, non può nominare che curatori provvisori; e poi di sentenze a questa posteriori, onde sembra che il provvedimento di una sentenza successiva che imponga al curatore l'obbligo di prestare la cauzione, sia riferibile soltanto al curatore provvisorio, sicchè il curatore definitivo che fu scelto e nominato, e nella sentenza che lo nominava non venne obbligato a prestare cauzione, sembra non possa più essere costretto a tale prestazione,

giacchè, se il curatore definitivo avesse avuto notizia dell'obbligo impostogli quando gli venne notificata la sentenza che lo nominava all'ufficio, avrebbe forse rifiutato l'incarico; potendo molte volte servire l'obbligo della cauzione, imposto dopo l'accettazione, come un tranello teso al curatore per costringerlo a deporre l'ufficio. Ma non v'ha dubbio che la sentenza posteriore a quella dichiarativa del fallimento, di cui parlo l'art. 721, è, genericamente e cronologicamente, posteriore a quella prima sentenza; quindi allude a quella qualunque sentenza che possa essere in qualsiasi momento dell'amministrazione e della procedura della fallita, promanata dal tribunale allo scopo di esigere dal curatore la prestazione di una cauzione; così rimane compreso, e nello spirito e nella lettera della legge, anche il curatore definitivo.

Il legislatore accordando al tribunale la facoltà di sentenziare d'ufficio, cioè con deliberazione nella Camera di consiglio su relazione del giudice delegato fatta in pubblica udienza (art. 911), accorda pure alla delegazione dei creditori di domandare al tribunale la pronunciazione di una simile sentenza: tuttavia il tribunale nè è costretto a domandare il parere della adunanza dei creditori, o della loro delegazione, quando prenda d'ufficio la deliberazione di imporre la cauzione al curatore, e neppure di evadere favorevolmente la domanda in proposito della delegazione dei creditori; la lettera della legge è muta su ciò, e lo spirito di essa si presta poco ad una interpretazione che rompa il silenzio del legislatore. Però rifacendosi al principio massimo che impera su tutta la materia del fallimento, e cioè che è preminente l'interesse della massa dei creditori, e che tutti i provvedimenti presi dal tribunale devono aver per iscopo di accontentare i desideri dei creditori, noi crediamo che alla domanda avanzata dalla delegazione dei creditori debba il tribunale dar favorevole evasione, e che debba sentire il parere della delegazione stessa, se non dell'adunanza dei creditori, sull'opportunità di imporre d'ufficio al curatore la prestazione della cauzione. Qui accettiamo la distinzione che fa il Vidari (1) intorno alla cauzione imposta dalla sentenza dichiarativa del fallimento per ciò che riguarda la delegazione dei creditori; in questo solo caso la cauzione è imposta d'ufficio senza sentire nè relazione del giudice delegato, nè parere della delegazione dei creditori; perchè nè l'uno, nè l'altra ancora esistono.

A questo punto si può sollevare una questione, che è accennata dal Calamandrei (2) e, secondo la legge commerciale germanica, dal Wilmowski (3) e risolta favorevolmente da ambedue questi autori: se, cioè, il tribunale può rivocare l'obbligo di prestar cauzione e prosciogliere dall'onere il curatore ordinando anche la restituzione della somma depositata, quando sieno venute meno le cause per le quali la prestazione era stata ordinata. Di fronte allo spirito della legge italiana sembra già vizioso il sollevare una tale questione; la quale però, potendo pure insorgere, merita di essere risolta; e noi crediamo che siccome la cauzione è prestata per la garanzia di un evento attuale o futuro, quando l'evento nè si possa più verificare o siasi verificato, e nessuna traccia di esso rimanga, cessando la ragione per cui la cauzione fu richiesta, questa possa senz'altro essere restituita al curatore senza che egli sia tenuto a rinunciare all'ufficio suo; al caso anche la restituzione viene ordinata dal tribunale colla procedura stessa con cui è ordinata la prestazione: sola differenza che la domanda di restituzione sarà presentata dal curatore e il tribunale giudi-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 333, § 4515.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 225, n. 254.
(3) WILMOWSKI: *Deutsche Reichs-Konkurs-ordnung*, pag. 319.

cherà, e qui crediamo senza bisogno di sentire il parere della delegazione o della adunanza dei creditori.

Ancora, la prestazione della cauzione essendo spesso desunta da considerazioni attinenti alla particolarità del momento o della persona assunta all'ufficio di curatore, risulta da ciò che l'obbligo della cauzione imposta, ad es., al curatore provvisorio può non essere ritenuta necessaria, e quindi può esserne libero il curatore definitivo; ed anche la cauzione non imposta al curatore rivocato (art. 720), può invece venire imposta al curatore surrogante.

131. *Natura della cauzione e sua quantità.* — Se l'art. 721 non parla dell'obbligo che ha il tribunale di sentire il parere della delegazione dei creditori circa l'opportunità di chiedere al curatore la prestazione della cauzione, è invece tale obbligo espressamente sancito per quanto riguarda la fissazione dell'ammontare della cauzione; però la delegazione, anche in questo caso, non ha che un voto consultivo; può, cioè, il tribunale tener conto o no del detto parere secondo più gli convenga. La ragione che ha mosso il legislatore alla disposizione del capoverso dell'art. 721 è, evidentemente, soltanto quella dell'interesse diretto dei creditori a veder garantiti sicuramente i propri diritti contro tutte le probabilità di una cattiva amministrazione, e quindi di consigliare un'altezza tale di cauzione che possa formare un sufficiente affidamento in caso il curatore adempia in tristo modo al proprio ufficio. È certo che nella determinazione della somma il tribunale deve seguire un criterio di proporzionalità tra l'ammontare del patrimonio della fallita e la somma richiesta, o tra il pericolo che l'amministrazione tenuta da un tale curatore può presentare di parzialità o di malafede, e le probabilità che tali eventi non si verifichino. La legge parlando di una *somma*, non esclude che la cauzione possa constare di solo danaro o di qualsivoglia altro valore; però indica che debbesi preferire il danaro corrente a qualunque altro valore, per le maggiori facilità e liquidità che presentano la moneta e le transazioni fatte su quella; il Vidari, giustamente, opina che basti allo scopo della cauzione un pegno, un'ipoteca, una fideiussione prestata dal curatore e sufficiente a garantire gl'interessi patrimoniali del fallimento (1); il Calamandrei invece si tiene più stretto al principio del Codice civile e di procedura civile riguardo alla fideiussione, e sembra non ammettere altro modo di prestare la cauzione che per mezzo del deposito della somma di danaro o di carte di pubblico valore, o di carte di credito dello Stato, deposito fatto con tutte le formalità prescritte dalla procedura in proposito (2). La cauzione può essere prestata tanto personalmente dalla persona dalla quale tale sicurtà si richiede, dal curatore al caso nostro, o anche mediante fideiussione; quando la cauzione si presti per fideiussione, per quanto siasi in materia commerciale, si devono seguire le regole del diritto civile riguardo la fideiussione (Codice civile, libro II, titolo XXI), e per la procedura della prestazione le regole stabilite dal Codice di procedura civile al libro I, titolo IV, sezione VI " Delle cauzioni „; però i principii stabiliti dall'art. 329 in materia di prestazione di cauzione del detto Codice di procedura civile, vanno intesi limitatamente a quello che dispone l'articolo 878 del Codice di commercio: " Nelle materie commerciali il deposito giudiziario di somme di danaro, può farsi, se le parti interessate vi acconsentano, presso qualunque istituto di credito ed anche presso un banchiere „. Riguardo alla prestazione della cauzione in titoli del debito pubblico dello Stato, l'art. 330 del Codice di procedura civile stabilisce che essi si valutano al loro valore nominale e non al valore di

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 332, § 4515.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 219. n, 253.

corso o di borsa; però se il valore nominale è superiore al valore di borsa si fa nella cauzione l'aumento concordato dalle parti, od in difetto, stabilito dall'autorità giudiziaria. Nel caso della cauzione imposta dal tribunale all'amministratore del fallimento se questi la presti in titoli del debito pubblico dello Stato, non v'ha dubbio che il tribunale fisserà esso l'ammontare della quantità e qualità dei titoli a depositare, prendendo a base della valutazione non già il valore nominale di quei titoli, ma il valore ad essi assegnato dai listini di borsa, sicchè il deponente aumenti il suo deposito, fino a raggiungere la somma stabilita, in un reale e concreto gruppo di tali titoli a valore di borsa: e ciò pel principio, prevalente in ispecie in materia commerciale, che la cauzione dev'essere non apparente ma sostanziale. Al curatore competerà sempre l'esazione degli interessi semestrali o dei frutti che si deducono dall'oggetto della cauzione o dai beni dati in pegno; e se la cauzione fu prestata per fideiussione, tali frutti si ripeteranno dal fideiussore, giacchè la garanzia dovendosi considerare completamente prestata e rappresentata dal capitale, i frutti di esso non possono più essere trattenuti mancando il titolo giusto di un tale accumularsi. Riguardo all'ammontare della cauzione crediamo che il curatore, il quale accettando in massima l'obbligo di prestarla, momentaneamente non può darla per intiero, non possa ritenersi come rifiutante o rinunciante all'ufficio di curatore se offra di completare quella somma che attualmente presta, con successive e rateali aggiunte, o se anche proponga di lasciare accrescere la cauzione fino a completare la somma determinata dal tribunale, mediante i frutti del capitale depositato alla cui percezione egli rinunci nell'intento che si capitalizzino. Su questo è solo giudice l'autorità tribunalizia, la quale, però dovrà sentire in proposito il parere della delegazione dei creditori avanti di prendere una qualsiasi decisione.

Stabilitosi dal tribunale l'obbligo di prestare cauzione e l'ammontare di essa e le forme con cui se ne accetta la prestazione, in forza dell'art. 912 del Codice di commercio, la sentenza con cui si ordina tale prestazione deve essere pubblicata mediante affissione alla porta esterna del tribunale e negli altri luoghi soliti, nel Comune ove siede il tribunale, in quello ove siede la Corte d'appello, nel Comune di residenza del fallito, in tutti i luoghi nei quali egli aveva stabilimenti commerciali e nelle sale delle Borse e delle Camere di commercio che si trovano nei luoghi stessi. Un estratto della sentenza va inserito nel giornale degli annunzi giudiziari dei medesimi luoghi di cui sopra, salvo al giudice delegato di prescrivere l'inserzione in altri giornali, ove le circostanze del fallimento richiedano una maggior pubblicità a tutti gli atti a questo inerenti. Le dette inserzioni e pubblicazioni si fanno nel più breve tempo possibile; al più tardi entro tre giorni dalla data della sentenza, se sono da eseguirsi nel luogo ove siede il tribunale; se sono da eseguirsi altrove, devono spedirsi per l'immediata esecuzione nello stesso termine. È obbligo speciale del giudice delegato il curare l'osservanza esatta di tali prescrizioni.

132. *Durata della cauzione e restituzione di essa.* — Quando il tribunale ha stabilito che per le condizioni speciali, sia patrimoniali sia d'altro genere, di un determinato fallimento il curatore debba prestare cauzione, quest'obbligo che viene fatto all'amministratore del fallimento è così imprescindibile e preciso che al curatore non rimane altro, che accettando l'obbligo, assumere l'ufficio e depositare la cauzione, o dimettersi dall'ufficio quando la cauzione gli venga imposta dopo ch'egli è entrato in funzione, sia provvisoriamente che definitivamente, o rifiutare l'incarico offertogli. Il solo rifiuto di prestar la cauzione basta perchè si debba ritenere il curatore deca-

duto dall'ufficio od a quello rinunciante, anche se egli intendesse conservarsi nella amministrazione; quindi se il curatore che non vuol prestar cauzione non si dimetta spontaneamente, il tribunale, d'ufficio (articolo 720) pronuncierà la revoca e lo surrogherà con altra persona; nè il curatore costretto a rinunciare dopo aver accettato l'ufficio, perchè non vuol prestar cauzione, ha diritto ad alcuna indennità od a sollevare qualsiasi eccezione.

Una volta prestata la cauzione, questa non può essere dal curatore ritirata mai in nessun caso se prima non ha fatto la resa dei conti della sua amministrazione e questa siasi verificata regolare, ed ognuno comprende il motivo di ciò. Questo principio non soffre nessuna eccezione e quindi si applica tanto al caso, da noi supposto, che il tribunale accordi la restituzione della cauzione prima della completa soluzione del fallimento, quanto al caso in cui il curatore rinunci o sia rivocato in qualsiasi momento della sua gestione, quanto al caso in cui il curatore cessi dalle sue funzioni per la liquidazione del fallimento e per la chiusura di esso. Quando avvenga che la amministrazione del curatore che ha prestata cauzione non siasi riscontrata regolare, qualunque sia la causa o il momento per cui ed in cui si verificarono la irregolarità, il curatore non solo è tenuto, non calcolando la responsabilità penale che può aver incontrata, al risarcimento dei danni recati con quelle irregolarità a lui imputabili mediante la cauzione che in tal caso non verrà più restituita, ma risponderà pienamente anche *praeter cautionem* coi suoi beni patrimoniali fino a coprire completamente i danni da lui arrecati, o concorrerà in quella misura secondo la quale tali danni sono a lui imputabili: perchè la prestazione della cauzione se è una garanzia richiesta per aumentare le probabilità di una buona amministrazione, essa non svincola il curatore dall'obbligo, uguale per tutti e generico, di rispondere dei danni che siengli imputabili pure superiormente al risarcimento che di essi potrebbe trovarsi adibendo a quelli la cauzione prestata; e ciò serve, lo diremo forse *ad abundantiam*, tanto pel curatore nominato dal tribunale che per quello scelto dalla fiducia della massa dei creditori, tanto per quello che vien revocato che per quello che rinuncia e per quello che surroga. Non è poi d'uopo avvertire, a proposito di responsabilità civile, che essa si incontra intieramente anche dai curatori a cui non sia stato imposto l'obbligo della cauzione.

133. *L'ufficio del curatore non è gratuito.* — Il principio volgare che ogni opera merita compenso ha trovato accoglienza da tutti i legislatori commerciali; i quali ammesso che l'amministratore della fallita, alla guisa stessa di ogni gestore di cosa altrui per mandato, debba essere retribuito, fissarono in vario modo codesta retribuzione, proporzionandola al tempo in cui il curatore era occupato alla amministrazione, e alle difficoltà che questa presentava. Però una ben grave differenza evvi tra la legislazione italiana cessata, e il Codice francese tuttora vigente e la legge commerciale italiana attuale. Il principio della retribuzione che il Codice commerciale italiano del 1865 all'articolo 569 ultimo capoverso e il Codice francese, art. 462, ultima parte, ammettono solamente, quasi una facoltà di cui il tribunale o il sindaco (curatore) possono o no valersi, quella di percepire una indennità, più che uno stipendio, per l'opera da loro nell'amministrazione del fallimento prestata; invece il Codice italiano, all'art. 722, fa della retribuzione per il curatore un vero diritto di questi verso la massa patrimoniale del fallimento, che il tribunale ha soltanto diritto di determinare e di regolare. Ma la ragione di questa essenziale diversità scaturisce evidente dal confronto che ognuno può istituire tra la qualità dell'antico sindaco amministratore del fallimento e l'attuale curatore; infatti il primo di regola

doveva essere scelto tra la massa dei creditori, e quindi prestava l'opera sua oltre che nell'interesse altrui, cioè, dei suoi concreditori, anche nell'interesse proprio ed allora esulava quasi il motivo della retribuzione: nel caso poi che l'individuo scelto all'ufficio di sindaco del fallimento non appartenesse alla massa dei creditori allora nulla vietava che si applicasse intero il principio dell'opera retribuita e che il sindaco avesse l'indennità congrua all'opera prestata. Di più, di fronte alla legge commerciale cessata che ammetteva fino tre sindaci, la retribuzione che fosse stata accordata per diritto a ciascuno di essi avrebbe costituito un non lieve gravame per la massa patrimoniale del fallimento ed avrebbe assottigliato ognor più la quota pertoccabile a ciascun creditore; così il legislatore, fatta della retribuzione se non una eccezione almeno non una regola di diritto, e datole carattere d'indennità, di regalia quasi, mirò a compensare ed equilibrare tutti i varii interessi che potevano trovarsi collidenti in questa materia. Invece il legislatore nuovo avendo ridotto tutta l'effettiva amministrazione nelle mani di un solo gestore, ed avendo stabilito per regola che esso non debba essere scelto tra le persone appartenenti alla massa, fece un vero e proprio ufficio distinto da tutti gli altri, quello del curatore, e gli assegnò di diritto non più una indennità qualsiasi, ma una retribuzione, un vero e proprio stipendio diviso in rate e consistente in una somma fissata per tutta la durata del fallimento, o in una percentuale di interessenza sull'ammontare dei valori incassati; e ciò per stimolare l'attività, l'interessamento e la diligenza dell'amministratore.

Il Codice belga (art. 466) il portoghese, (art. 1155), il chileno (art. 1411), l'argentino (art. 1556), il musulmano (art. 171), l'egiziano (art. 287), la legge inglese sul fallimento (art. 14, n° 1) ammettono il principio dell'indennità facoltativa, senza fissarne mai l'ammontare, ed ora dandole il carattere di percentuale, ora invece di retribuzione saltuariamente stabilita come fa la legge inglese (1).

È notevole specialmente il Codice spagnuolo, il quale all'articolo 1078 stabilisce: " I sindaci ricevono una retribuzione di un mezzo per cento sull'acquisto, del due per cento sulla vendita delle mercanzie, e dell'uno per cento sulla vendita degl'immobili „; così il legislatore iberico stabilisce in favore dell'amministratore il principio della retribuzione di diritto, ma la sommette, come regola fissa, alla percentuale di interessenza fissandone l'ammontare secondo la qualità degli oggetti di cui si compone il patrimonio della fallita, e secondo la diligenza mostrata dall'amministratore; il legislatore italiano ha invece accettato, come si disse più sopra, ambedue i principii: quello, cioè, della retribuzione fissa e quello della interessenza, lasciandone la applicazione al criterio del tribunale e non fissando l'ammontare della percentuale. La ragione poi per la quale il legislatore italiano non ha concesso che si fissasse una retribuzione mensile od annuale, uno stipendio ripetibile e rinnovabile a scadenze fissate antecedentemente, consiste in questo che poteva verificarsi l'abuso da parte del curatore di trascinare per le lunghe la gestione e di ritardarla, affine di allontanare l'epoca della chiusura del fallimento per lucrare una quantità maggiore di emolumenti (2).

134. *La retribuzione del curatore è proporzionata all'opera che presta.* — Come principio che governa la determinazione della retribuzione a cui ha diritto il curatore,

(1) La ordinanza commerciale germanica accetta il principio della retribuzione fissata dal tribunale: " § 77: Der Verwalter hat Anspruch auf Erstaltung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung fur seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgerilht.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 221.

si deve ritenere che dessa essere debba *congrua;* cioè proporzionata tanto all'entità economica del patrimonio del fallimento, quanto alle difficoltà che nell'amministrazione possono incontrarsi, quanto al tempo per il quale si può supporre duri la gestione stessa. Così il tribunale, fissando la retribuzione, dovrà tener conto della entità patrimoniale non sempre per proporzione a quella la quantità dello stipendio da assegnarsi al curatore; ma piuttosto dovrà dar maggior valore alle difficoltà che l'amministrazione di un fallimento anche di lieve entità può presentare; perchè, dovendosi retribuire un'opera realmente ed effettivamente prestata, è più facile che tali estremi si riscontrino là ove moltissimi diritti sono in cozzo su ristretto margine patrimoniale, che dove pochi e chiari interessi conflittano in un grosso patrimonio di fallimento: con ciò, tuttavia, non diciamo che si debba esagerare questo principio dell'opera effettiva prestata, per non giungere al punto che un lieve patrimonio possa essere quasi assorbito dalla retribuzione dovuta al curatore. Anche riguardo al tempo è ovvio che non potendosi fissare una specie di diaria o di salario mensile o periodico, si debba, fissando la entità dell'unica retribuzione, considerare anche il tempo per il quale può durare la gestione in modo che a minima durata corrisponda una non amplissima retribuzione, e ad una lunga gestione s'accompagni una equa retribuzione: così interpretando lo spirito non si crea alcuna opposizione alla lettera della legge.

Riguardo alla qualità della retribuzione, il legislatore parla di " una somma „, cioè di una quantità fissata; ma non esclude che tale quantità sia composta da moneta, piuttosto che da merci o da altri valori: noi che già esponemmo un simile parere per ciò che tocca alla cauzione, crediamo che al curatore potrà essere corrisposta una quantità determinata di merci o di altri valori, giacchè qualunque cosa data in compenso di un'opera prestata costituisce una retribuzione. Anche in quanto alla percentuale che lo stesso articolo 722 accorda come retribuzione al curatore pei valori incassati può essere rappresentata tanto da moneta come da cose della specie dei valori incassati.

135. *Divisibilità della retribuzione.* — La maggior parte dei Codici commerciali non parla, ammettendo la retribuzione dovuta al curatore, sotto qualsiasi forma venga data, del modo con cui essa debba essere corrisposta all'amministratore del fallimento. Il legislatore italiano, invece, nel nuovo Codice ha stabilito che la retribuzione determinata dal tribunale debba essere divisibile non solo, ma materialmente divisa, e venga corrisposta al curatore a rate od a frazioni al tempo delle successive ripartizioni di attivo tra i creditori, in proporzione di ciò che essi ricevono. In questo modo il curatore viene quasi ad essere interessato con la massa dei creditori, e non vede l'opera sua rimanere per un tempo soverchio priva di qualsiasi corresponsione, con danno anche del suo privato interesse. Per evitare poi che al curatore sia assegnata una quota della fissata retribuzione, più ampia di ciò che, proporzionalmente, tocca ai creditori nelle singole ripartizioni dell'attivo realizzato, il legislatore ha stabilito che le quote o frazioni o rate siano fatte in proporzione di quello che vien distribuito ai creditori; ma il frazionamento della somma unica fissata quale retribuzione dovuta al curatore deve essere fatto in modo che si conservi anche una certa proporzionalità tra le quote segnate e l'intero ammontare della retribuzione, sì da evitare il pericolo che in una prima rata o frazione, per mantenere la proporzionalità tra ciò che è dell'attivo realizzato distribuito ai creditori, venga data al curatore la parte maggiore della retribuzione, ed allora possa il curatore, rimanendogli solo un lieve compenso ad intascare per la rimanente durata della sua gestione, rallentare

la diligenza richiesta per tutta la durata della amministrazione. Dunque, oltre che proporzionate alla quota di attivo che ricevono nelle successive ripartizioni i creditori, le rate o le frazioni con cui viene retribuito, sulla intera somma determinata dal tribunale per sua retribuzione, il curatore, devono essere proporzionate alla quantità della somma stessa non solo, ma anche alla probabile durata della amministrazione del fallimento, sicchè con la chiusura di esso s'accompagni il pagamento dell'ultima rata dovuta al curatore. Si potrebbe rilevare una certa imprecisione di vocaboli usati dal legislatore per ciò che ha tratto con la divisibilità della retribuzione: in fatti il legislatore parla di rate o di frazioni; ora ognuno sa che natura particolare delle rate è una certa periodicità e fissità preordinata riguardo a tutta intera una quantità di danaro, pel modo e il tempo con cui questa somma debba essere successivamente prestata. Invece, il legislatore ha stabilito che il pagamento delle quote di retribuzione dovute al curatore, avvenga ad ogni ripartizione dell'attivo fra i creditori: le ripartizioni fra i creditori non avvengono a scadenze fissate antecedentemente, ma si verificano di volta in volta quando l'attivo realizzato abbia raggiunta una certa quantità; esula per ciò quella preordinazione che è il carattere tipico delle rate di pagamento riguardo al tempo, e più non rimane che il carattere rateale riguardo all'ammontare della rata; però neppure quest'ultimo carattere può dirsi conservato alla quota di pagamento stabilita dal legislatore all'articolo 722, giacchè essendo sempre l'ammontare di ogni frazione dell'intera somma fissato in base proporzionale alla quota che tocca a ciascuno dei creditori per ognuna delle ripartizioni di attivo, e quindi variabile di volta di volta, non può più pretendere tale sistema a sistema rateale quando altro carattere tipico della rata è che questa, nel suo ammontare, per quanto possa differire da tutte le altre che s'assommano nella medesima entità di pagamento a farsi, si mostri sempre fissata precisamente molto tempo avanti al suo scadere: mentre nel caso dell'articolo 722 contemporaneamente si mostrano la entità e la esigibilità della frazione dovuta al curatore.

Il legislatore neppure ha detto se le ripartizioni di attivo, di cui all'ultimo capoverso art. 722, debbano essere realmente avvenute, e se a ciascheduno dei creditori sia stata realmente pagata la quota assegnatagli, e se il pagamento sia stato riconosciuto ed accettato, perchè al curatore possa essere pagata la sua proporzionale quota di retribuzione. Noi crediamo di interpretare giustamente lo spirito della legge, opinando che il pagamento dovrà essere fatto al curatore, quando l'attivo è materialmente divisibile fra i creditori; perchè si ha in questi fatti la prova migliore della buona amministrazione o della diligenza del curatore; il quale non deve in alcun modo essere danneggiato dal ritardo nella ripartizione materiale di quell'attivo, quando esso è, intellettualmente, diggià assegnato a ciascuno dei creditori, e questa assegnazione di parti non rimane infirmata dalla opposizione che gli assegnatari possono contro di essa sollevare. La lettera dell'ultimo comma articolo 722 sarebbe contraria a questa interpretazione, perchè vi si parla del fatto della ripartizione tra i creditori non solo come reso possibile, attuoso, ma come di un fatto già avvenuto, diggià attuato; noi insistiamo ciò non ostante sulla più ampia interpretazione suesposta perchè ne sembrerebbe deluso lo scopo che il legislatore si è prefisso riguardo al curatore del fallimento.

136. *Percentuale della retribuzione sull'ammontare dei valori incassati.* — Non dice il legislatore, il quale ha stabilito che il determinare la misura della retribuzione dovuta al curatore per l'opera che presta s'appartiene al tribunale, se anche al tribunale si appartenga fissare il *quantum* della

percentuale che si paga sull'ammontare dei valori incassati. Per vero, il primo comma dell'art. 722 stabilisce, come principio che domina tutto intero l'articolo, che il tribunale deve fissare l'ammontare della retribuzione da corrispondersi al curatore; quindi, essendo anche la somma determinata in ragione di un tanto per cento quella retribuzione che al curatore è dovuta, sembra che, tuttavia, spetti al tribunale determinarne la misura. Però si potrebbe anche avere un'opinione contraria; e cioè, che il fissare la percentuale non fosse un diritto del tribunale, ma piuttosto, quantunque la legge non ne parli, un diritto della massa dei creditori o della loro delegazione, giacchè è senza dubbio più competente la massa o la delegazione dei creditori a giudicare l'importanza di una interessenza accordata sui beni della fallita al curatore, che non il tribunale; noi crediamo, ciò non ostante, che sia un proprio ed esclusivo diritto del tribunale il fissare anche la percentuale sull'ammontare dei valori incassati.

Si solleva una questione su questo punto: i valori sul cui ammontare si assegna la percentuale devono essere realmente incassati, acquisiti cioè inoppugnabilmente all'attivo della fallita, o basterà che sieno acquirendi, esigibili? La percentuale potrà variare a seconda dell'entità e della qualità di questi valori acquistati al patrimonio del fallimento? Nè si può risolvere la questione avanzata nella prima domanda così come si è risolta la questione fatta più addietro sulla pagabilità delle rate o frazioni di retribuzione al curatore. Qui è strettamente necessario che i valori su cui al curatore vien corrisposta una percentuale, sieno realmente acquisiti all'attivo del patrimonio, perchè è solo con la avvenuta acquisizione che si ha la prova della diligenza dell'amministrazione e del merito del curatore di ricevere la sua retribuzione; e questo argomento, notiamo, si aggiunge a corroborare la tesi sostenuta al precedente numero 135. Quanto alla questione della seconda domanda, noi crediamo che essa possa essere risolta affermativamente, nel senso cioè, che nulla vieta che la fissazione della percentuale possa farsi volta per volta considerando la entità dei valori incassati, ed anche la speciale abilità occorsa per acquistare all'attivo del fallimento determinati beni, e per vincere le difficoltà che intorno a quelli si accumulavano.

Tuttavia, può darsi che la lettera della legge sia più propria ad affermare l'opinione che la percentuale debba essere fissata uguale per ogni valore o quantità di valore, e non all'atto della constatazione dell'avvenuto incasso, ma in maniera generale all'entrare del curatore in funzione. Il pagamento della percentuale segue la regola stabilita per il pagamento delle rate o frazioni all'ultimo comma dell'art. 722.

In linea generale poi, il curatore, qualunque sia il modo e la qualità della fissatagli retribuzione e del pagamento di essa, non può mai di suo diritto farsene la esazione, ma deve attendere l'approvazione dell'autorità giudiziaria, o, quanto meno, quella della massa dei creditori o loro delegazione; e ciò per la regolarità dell'amministrazione; nè mai può il curatore attribuirsi una retribuzione in un modo diverso da quello fissato dal tribunale, nè mai in una quantità o qualità differente da quelle che l'autorità giudiziaria abbiagli stabilite (1).

137. *Generalità sull'ufficio e sulle mansioni del curatore.* — Ora che abbiamo esposto e dilucidato, meglio che per noi si sapesse, le disposizioni del legislatore italiano del 1882 nella legge commerciale relativa alla istituzione del curatore, alle sue funzioni, al suo còmpito, ai suoi diritti ed ai suoi doveri, dobbiamo raccogliere sotto questo numero i lineamenti della funzione amministrativa e della funzione di mandatario

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 334-335, § 4516.

riunite nel curatore, ed accennare i più importanti modi di adempire alla mansione che gli è demandata. Vedemmo che all'antico sindaco del cessato Codice di commercio, il quale sindaco sussiste tuttora, e di nome e di fatto, in pressochè tutte le legislazioni commerciali, fu sostituito il curatore, nel quale, per quanto mutato di nome, rimangono quelle essenziali caratteristiche e funzioni del gestore od amministratore dei beni altrui in altrui interesse, che i principii generali del diritto fissano per tutti coloro che siano chiamati a tali incarichi.

Primo obbligo del curatore, appena sia, per l'accettazione a norma dell'ar. 718, rivestito del suo ufficio, è quello di prendere esatta cognizione dello stato patrimoniale del fallimento; e questo obbligo incombe tanto al curatore provvisorio quanto al curatore definitivo; ed è un obbligo che ha sanzione principale nella responsabilità piena ed assoluta che viene a gravare sul curatore quando egli abbia intrapresa la gestione della amministrazione del fallimento. Obbligo suo è poi quello di amministrare imparzialmente e con quella cura dei beni del fallimento che deve avere un buon padre di famiglia pei suoi: e la norma che dev'essergli guida è questa ch'egli non rappresenta personalmente nè questo, nè quello fra i creditori, nè particolarmente il fallito, ma solo che egli rappresenta tutti i creditori in massa e il fallito insieme; epperò l'amministrazione dev'essere fatta nell'interesse di tutte queste persone, sì da sembrare che la gestione patrimoniale della fallita avvenga più in considerazione del patrimonio stesso come università di beni e di diritti, che in considerazione delle persone che a questi beni hanno diritto, o quei diritti possono esercitare.

Quando il curatore è rivestito del suo ufficio, nessun atto della gestione amministrativa può essere fatto nell'interesse della massa dei creditori o del fallito verso i beni caduti nel fallimento, se non dal curatore, il quale è perciò responsabile di tutti i danni che all'amministrazione possono derivare, non solo per dolo o per colpa grave a lui imputabili, ma per colpa lieve e lievissima, ed anche per quei fatti che, pur non essendo a lui direttamente imputabili, tuttavia si ponno, per la responsabilità che li accompagna, far risalire fino a lui. Nei conflitti che possano nascere tra creditore e creditore ed indipendentemente dalla massa, il curatore non interviene, solamente avendo cura che da tali conflitti non sia danneggiata la massa, a proposito di che ci si permetta di riportare un brano di una sentenza di Cassazione francese riferita dal Dalloz (1) e dall'Alauzet (2), ed esauriente in siffatta materia: " Dans la lettre comme dans l'esprit du Code de commerce, les syndics des créanciers d'une faillite ne peuvent représenter la masse des créanciers que dans les affaires qui offrent, pour tous, une unité d'intérêts; mais il ne peut pas en être de même lorsque certains créanciers ont des intérêts opposés à ceux d'autres créanciers de la même faillite, parce qu'alors l'unité d'intérêts cessant, chacun d'eux doit agir contre les autres dans son intérêt individuel et absolument distinct et séparé de celui de la masse, d'où il suit qu'ils ne peuvent plus être représentés par les syndics, qui ont de caractère légal que pour représenter la généralité des créanciers réunis en masse „. Il curatore, nell'amministrazione del fallimento e nella gestione di tutti gli affari che in essa si presentano, non obbliga mai se stesso personalmente, ma obbliga soltanto la massa dei creditori o più veramente il patrimonio della massa, eccettuati i casi nei quali il curatore possa essere colpito da una responsabilità in proprio per colpa o dolo nell'esercizio delle sue

(1) Decis. 25 giugno 1875; DALLOZ, *Répertoire*, n. 548.

(2) *Comment. du Ccd. de comm.*, n. 2480.

funzioni. La giurisprudenza (1), anche vigente il Codice commerciale del 1865, non aveva esitato a stabilire tali massime; anzi era concorde sull'ammettere che il sindaco (curatore), che soccombeva in un giudizio da lui promosso, potesse, verificandosi alcune speciali circostanze, essere tenuto in proprio ai danni ed alle spese del temerario giudizio provocato.

Per quanto identica la natura dell'ufficio del curatore provvisorio a quella dell'ufficio del curatore definitivo, tuttavia è a tenersi, come principio stabilito dalla lettera stessa della legge, non che dallo spirito della istituzione del mandatario giudiziario curatore del fallimento, che il curatore provvisorio è tenuto quasi unicamente ad atti di amministrazione conservativa; la quale consiste essenzialmente nel prendere tutti quei provvedimenti resi necessari dalle particolari condizioni della fallita, e senza i quali il patrimonio del fallimento potrebbe essere danneggiato; quindi il curatore provvisorio può, e deve fare, quegli atti che implicano una attuale tutela dei diritti del fallito; e se per avventura le disposizioni delle leggi gli vietino di passare a certi atti, i quali superano la semplice amministrazione conservativa, è obbligo del curatore provvisorio di chiedere al giudice delegato la permissione di passare a tali atti, sotto pena di essere tenuto risponsabile egli pel danno derivato dalla loro ommissione. Sulle funzioni e sugli obblighi del curatore provvisorio appena entrato in ufficio per riguardo alla fase di procedura del fallimento nella quale egli è chiamato a gerire il patrimonio della fallita, merita d'essere riportato questo passo del Boulay-Paty (2): " ..... comme représentants des créanciers, les syndics provisoires ne peuvent que ce que peuvent les créanciers eux-mêmes. Or, à l'époque où nous nous plaçons, les créanciers n'ont encore que la possession du gage; dès lors, les fonctions des syndics se bornent à faire ce que fait tout détenteur jusqu'à ce que le moment de vendre soit arrivé; et, comme l'administration du détenteur se réduit à conserver la chose, celle des syndics provisoires n'est que de pure conservation. De là résulte que les syndics provisoires ne peuvent se permettre aucun acte qui tendrait à changer la forme du patrimoine, et qu'au contraire il leur est permis et même commandé de faire tous ceux qui tendent à le conserver. Parmi les actes de conservation, quelques-uns sont des formalités établies par la loi pour assurer et maintenir les actions contre les personnes ou les droits sur des biens, tels que les actes interruptifs de la prescription, les protêts d'effets de commerce, les inscriptions hypothécaires. Les syndics provisoires sont tenus de faire ces actes, car ils ont pour objet la conservation des droits du failli sur ses débiteurs.

" D'autres actes de conservation sont entièrement d'administration intérieure; par exemple, le commerce du failli, ses manufactures, ses établissements, perdraient de leur valeur, s'ils cessaient d'être en activité; de sorte que les syndics provisoires, qui verraient pour le failli un moyen d'améliorer ses affaires, et d'augmenter le gage de la masse, devraient les administrer et les soutenir. Ils pourraient même en changer le failli sous leur direction, sous leur surveillance et sous leur responsabilité, le failli n'étant dans cette hypothèse que leur agent ".

La legge commerciale italiana contiene qua e là, sparsi per l'ampia trattazione che vi ebbe la materia del fallimento, le disposizioni riguardanti più specialmente l'ufficio

(1) Cassaz. di Torino, 23 febbraio 1881; *Legge*, XXI, II, 3, 300.

Cass. franc., 26 luglio 1836; id., 28 aprile 1836; id., 25 marzo 1823; Appello. Limoges, 30 agosto 1836; id., Lione, 2 settembre 1842; dal *Journal du Palais*.

(2) Op. cit., vol. I, § 299; Conformi CALAMANDREI, op., cit., vol. I, pag. 203; id., BOISTEL, BEDARIDDE, PARDESSUS, MASSÉ, RENOUARD, opere e volumi citati.

del curatore provvisorio; al quale, ben si comprende, sono applicabili per molti aspetti le disposizioni che si devono considerare proprie al curatore definitivo. Così, cominciando dall'art. 693, ultimo comma, che contiene la prima disposizione in cui il curatore, nominato per il disposto dell'art. 691, faccia la sua apparizione nell'amministrazione del fallimento, o che stabilisce una funzione quasi esclusiva del curatore provvisorio, si viene via via, contemporaneamente per l'una e per l'altra delle due figure giuridiche dei curatori, fino al caso della loro inabilitazione o della loro incapacità sopravvenuta dopo l'accettazione dell'ufficio ed alle speciali applicazioni di leggi e sanzioni penali secondo l'art. 864, senza però che le due funzioni si parifichino o si confondano mai. Così il curatore provvisorio farà un atto della sua amministrazione conservativa prendendo, contro i debitori del fallito, se sia del caso, iscrizioni ipotecarie sui loro beni immobili (art. 748); con autorizzazione del giudice delegato passa alla vendita di tutte quelle cose del patrimonio del fallimento delle quali la conservazione sia impossibile od almeno assai difficile; continua l'esercizio dell'industria o del commercio condotti dal fallito, se la interruzione non potesse avvenire senza danno dei creditori (art. 750); fa l'inventario dei beni della fallita secondo dispone l'art. 739, quando glielo ordini il giudice delegato, ommessa l'apposizione dei sigilli; in caso contrario, appena nominato, il curatore provvisorio domanda l'apposizione dei sigilli se questa non fu ancora fatta ed egli presenzia allora a tale operazione (art. 733); compila un elenco dei creditori e li invita a presentarsi alla prima adunanza (art. 744); se il bilancio non fu già presentato dal fallito, deve il curatore provvisorio prontamente formarlo e correggere, se ne riconosca il bisogno, quello già presentato dal fallito (art. 745); chiama presso di sè il fallito, esamina i libri della sua azienda commerciale, ne verifica la esattezza e la regolarità e il contenuto, ne accerta lo stato, li chiude e li firma alla presenza del fallito (art. 747); e poi addiviene, nel corso del suo provvisorio ufficio, a tutte quelle particolari operazioni, cui la legge consente di mettere mano anche al curatore provvisorio: nel commento della residua materia legiferata sul fallimento vedremo più ampiamente tutto ciò.

Le operazioni che sono di spettanza assoluta del curatore definitivo, sono di gran lunga più importanti di quelle che in massima sono assegnate al curatore provvisorio; per darne un cenno sommario citeremo i principali articoli in cui il legislatore tratta le funzioni di questo curatore. Anzitutto tre sentenze, una della Cassazione di Firenze (1) e due di tribunale commerciale (2) stabiliscono che il curatore definitivo può impugnare gli atti annullabili e far dichiarare la nullità di quelli che ne sono colpiti di diritto; noi però crediamo che questa facoltà spetti anche al curatore provvisorio il quale può, nell'obbligo fattogli di conservare la massa patrimoniale del fallimento, essere costretto ad impugnare di nullità od a far questa dichiarazione per certi atti che potrebber causare una diminuzione nel patrimonio della massa: esercita, sempre per le suddette sentenze, le azioni giudiziali che interessano il patrimonio della fallita, senza l'uopo di speciale autorizzazione sia da parte della massa dei creditori che da parte del giudice delegato. Per l'articolo 724 il curatore definitivo notifica ai membri della delegazione dei creditori la loro nomina; entro tre giorni dalla sua accettazione deve domandare la rimozione dei sigilli all'autorità giudiziaria e

(1) Sentenza 20 giugno 1870 (*Annali*, IV, 1, 1, 215).

(2) Trib. di Milano, 4 maggio 1872 (*Giur. Tor.*, X, 94); Trib. di Girgenti, 30 giugno 1874 (*Gazzetta Nap.*, XXVI, 686).

formare l'inventario dei beni del fallito (art. 740); terminato l'inventario deve, sopra ciascun esemplare di esso, costituirsi giudizialmente depositario di tutti gli oggetti ed i beni del fallito, i quali riceve in consegna e deve giudizialmente depositare il danaro (art. 742); apre le lettere ed i telegrammi diretti al fallito; propone al giudice delegato la misura dei soccorsi da concedersi al fallito; oltre il danaro proveniente dal patrimonio capitalizzato del fallito, deve depositare giudizialmente il denaro proveniente dalle vendite o dalle riscossioni fatte sui beni del fallimento; domanda la rivocazione dei sequestri imposti sul danaro depositato; alla fine d'ogni mese presenta alla delegazione dei creditori un prospetto sommario della sua amministrazione, e l'elenco dei depositi fatti, con unitivi i documenti che li comprovano; entro quindici giorni dall'accettazione definitiva dell'ufficio deve presentare al giudice delegato una compendiosa relazione sulle principali cause e circostanze del fallimento, sulla fisionomia economica e giuridica di questo, ed il conto sommario dello stato apparente della massa patrimoniale; il giudice delegato può costringerlo, anche mediante pena pecuniaria, a queste operazioni (art. 749, 752 a 756): in ogni tempo, mediante l'autorizzazione del giudice delegato, può riscattare le cose date in pegno, pagando il creditore, od anche far ordinare dal giudice delegato la vendita all'incanto delle cose date in pegno, purchè ciò sia nell'interesse della fallita; presenta al giudice delegato l'elenco dei creditori che pretendono d'aver diritto di pegno o d'altro qualsiasi privilegio sulle cose mobili del fallimento; sotto la sorveglianza della delegazione dei creditori e sotto la direzione del giudice delegato, procede alla liquidazione dell'attivo del fallimento, sia accertando e riscuotendo i crediti che vendendo i beni mobili ed immobili; coll'autorizzazione del giudice delegato, data sul parere della delegazione dei creditori, transige sulle contestazioni che interessano la massa anche se riguardano diritti immobiliari; il giudice delegato lo autorizza, sentito il parere della delegazione dei creditori, a vendere le merci ed altre cose mobili; il tribunale può autorizzarlo a vendere in massa tutti i beni mobili restanti ed i crediti non esatti; deve promuovere la vendita degli immobili seguendo le formalità stabilite per la vendita dei beni dei minori, e quando al primo incanto non sianvi compratori, può vendere gli immobili a trattative private (articoli 772, 774, 793, 797 a 800): interviene nella espropriazione forzata intrapresa avanti la sentenza dichiarativa di fallimento da creditori privilegiati od ipotecari sui beni immobili; e chiede, nei casi consentiti dalla legge, la sua surroga al creditore instante; presenta tutti i mesi al giudice delegato un prospetto della situazione del fallimento e del danaro disponibile per la ripartizione tra i creditori; forma lo stato di ripartizione e consegna a ciascun creditore il mandato di pagamento sulla cassa depositi a norma dello stato di ripartizione e sul titolo costituente il credito annota il mandato di pagamento (articoli 801, 809, 810, 813); promuove con ogni diligenza la conclusione del concordato, e chiede al giudice delegato una convocazione dei creditori a questo scopo; nella adunanza pel concordato presenta una relazione scritta e da lui sottoscritta, sullo stato del fallimento, sulle formalità adempiute, sulle fatte operazioni, sui mezzi particolarmente impiegati per ottenere la conchiusione del concordato, sugli ostacoli incontrati e sul genere di provvedimenti a prendersi per superarli; fatto il concordato e quando la sentenza che lo omologa non è più soggetta ad opposizione od appello, il curatore definitivo cessa dalle sue funzioni, rende conto al fallito della sua amministrazione e consegna a lui tutti i beni, le carte sue ed ogni cosa mediante ricevuta e con le condizioni e cautele stabilite nel concordato; non avvenuto il concordato, e compiuta la liquidazione dell'attivo,

il curatore rende il conto della sua gestione: « quando si deliberò di continuare l'amministrazione del patrimonio del fallito, il curatore deve rendere conto della gestione almeno una volta l'anno; contro le operazioni del curatore possono reclamare, con istanza al giudice delegato, tanto il fallito quanto ognuno dei creditori; il curatore risponde per tre anni dalla chiusura o dalla cessazione dello stato di fallimento, dei libri di commercio e delle carte relative alla procedura del medesimo; ed è poi soggetto a speciali sanzioni penali quando sia dolosa o colposa la amministrazione da lui gerita (articoli 830 a 832, 841, 757, 796, 728, 921, 864).

Il Codice civile, al libro III, titolo XI, capo IV " Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato „ stabilisce: " Articolo 1757: Il mandato si estingue: per la rivocazione fattane dal mandante; per la rinuncia del mandatario, per la morte, per la interdizione o pel fallimento sia del mandante che del mandatario; per la nabilitazione del mandatario o del mandante, se oggetto del mandato sieno atti ch'essi non potrebbero fare direttamente senza l'assistenza del curatore „. Ora il mandato del curatore del fallimento si estingue per ciascuno e per tutti questi modi di estinzione stabiliti dal Codice civile: noi abbiamo visto in quali estremi ed in quali modi e con quali formalità il tribunale possa rivocare il curatore (art. 719-720) e il curatore rinunziare all'ufficio assunto (art. 718); ma, quando si tratti della estinzione del mandato per morte, bisogna distinguere il caso in cui chi muore sia il fallito da quello in cui muoia il curatore; indubbiamente, con la morte del fallito non cessa lo stato di fallimento, chè anzi il Codice di commercio contiene speciali disposizioni risguardanti simile eventualità (art. 712); dunque il curatore rimarrà nel suo ufficio, perchè se in lui evvi in certa misura rappresentanza del fallito, non vi ha dubbio che è preponderante la figura giuridica di rappresentante la massa dei creditori: al caso di morte del fallito si riconnette, con diverso evento, il caso di cessazione d'esistenza della massa dei creditori, quando per concordato, liquidazione, cessazione o chiusura del fallimento, cessano non solo i rapporti ma anche le cause dei rapporti che facevano le condizioni speciali di fallimento. Per la morte del curatore cessa il mandato riguardo alla persona estinta ed agli aventi causa da lei; però a costoro si applica la responsabilità che è del loro autore, e le disposizioni dell'art. 757 del Codice di commercio: al caso di morte si agguaglia quello dell'interdizione del curatore.

Per quanto l'articolo 757 parli soltanto della desistenza dall'ufficio di curatore per morte od interdizione della persona mandataria, non si può ritenere non applicabile al curatore di fallimento la disposizione, cumune a tutti i mandatari, stabilita dal Codice civile, art. 1757, riportato, che parla dei casi di fallimento e di inabilitazione del mandatario. Noi concordiamo col Calamandrei su tale questione, e con lui concludiamo: " La legge, parlando all'art. 757 soltanto di morte o di interdizione, non ha voluto escludere, contrariamente ai principii generali di diritto, che anche il fallimento e la inabilitazione estinguano l'ufficio di curatore, ma soltanto stabilire che il curatore che venga ad essere dichiarato fallito od inabilitato, rende il conto personalmente, a differenza dell'interdetto e, si comprende, del defunto „ (1).

(1) Op. cit., vol. I, pag. 206-207, n. 237.

SEZIONE II.

DELLA DELEGAZIONE DEI CREDITORI

Art. 723.

I creditori sorvegliano l'amministrazione del fallimento col mezzo di una delegazione di tre o di cinque tra essi, nominata nella prima adunanza prefissa nella sentenza dichiarativa del fallimento.

La maggioranza dei creditori, i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo, può, nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, mutare i membri della delegazione od alcuno di essi, od elevarne il numero da tre a cinque.

Sommario.

138. *Perchè della delegazione dei creditori e suoi uffici.*
139. *Nomina della delegazione.*
140. *Poteri concessi alla maggioranza dei creditori sulla delegazione di sorveglianza.*

138. *Perchè della delegazione dei creditori e suoi uffici.* — Soppressa la pluralità degli amministratori pel patrimonio della fallita, e, per regola, stabilito che l'unico amministratore dovesse essere scelto fra persone estranee alla massa dei creditori, bisognava, per necessità del controllo che i maggiori interessati nel fallimento devono esercitare sull'andamento dell'amministrazione di questo, creare un organismo, un istituto al quale i creditori potessero devolvere il loro diritto collettivo di controllo, ed all'uopo il legislatore creò la delegazione dei creditori, la quale altro non è che un organismo che sorveglia per conto della massa dei creditori, dei quali è una rappresentanza, l'amministrazione della massa patrimoniale del fallimento. La legge commerciale antica aveva indirettamente sancita questa forma di controllo, con permettere la pluralità dei sindaci amministratori, il cui numero poteva in ogni tempo essere portato sino a tre; ma una volta che si verificava tale pluralità nessuno degli amministratori poteva di proprio diritto agire separatamente dagli altri e fare operazioni od atti inerenti alla amministrazione senza che a questi anche gli altri sindaci partecipassero; l'amministrazione, insomma, si esercitava, di regola, collettivamente; però il giudice delegato poteva autorizzare specialmente uno o più fra i sindaci a fare determinati atti di amministrazione; in questo caso la responsabilità non era più in solido cogli altri amministratori, ma riguardo agli atti per il cui adempimento era stata concessa speciale autorizzazione a questo od a quello, rispondevano singolarmente quelli così autorizzati (Codice di commercio, 1865, art. 572).

Poche legislazioni commerciali hanno adottato questa istituzione, che fu dal legislatore italiano tolta dalla legislazione commerciale germanica, opportunamente modificandola in modo che, mentre nella legge germanica il tribunale ha la facoltà di no-

minare, anteriormente alla prima adunanza dei creditori, una specie di delegazione provvisoria tolta dal seno della massa dei creditori o dei loro rappresentanti; e poi alla prima adunanza dei creditori questi devono nominare la delegazione, che funzionerà fino a chiusura o cessazione del fallimento, scegliendo i loro rappresentanti o fra i creditori o fra persone estranee alla massa dei creditori (1); nella legge italiana invece non vi è nomina di delegazione provvisoria, e la delegazione scelta nella prima adunanza dei creditori indetta, per l'art. 691, venti giorni, al più, dopo la pronunciazione della sentenza dichiarativa del fallimento, è sempre nominata dai creditori stessi. Anche la legge inglese sul fallimento (25 agosto 1883 – acts 46-47 Victoria) che è la ripetizione in questa materia della legge omonima del 1869, istituisce un comitato di sorveglianza tolto dai creditori; ma la legge del 1883 (2) differisce dalla legge del 1869 in quanto che quest'ultima ha reso obbligatoria la nomina di questo comitato, mentre la legge antecedente lasciava ai creditori libera facoltà di nominarlo o non nominarlo: notisi poi che la istituzione della legge 1869, era copiata di sana pianta dalla legge scozzese sul fallimento già del 1856; legge questa che servì pure come modello alla legislazione germanica, già citata, ed alla legislazione commerciale austriaca. Scrive, sul nuovo istituto della delegazione di sorveglianza, il legislatore nella relazione che accompagna il Codice di commercio nuovamente emanato: " Giova sperare che i commercianti più accreditati e facoltosi delle maggiori piazze non rifiutino codesto mandato di sorveglianza che non richiede una occupazione assidua, ma saltuaria, e che può soddisfare ad un tempo l'amor proprio e l'interesse. Di tal modo, mediante il concorso intelligente del ceto commerciale, il còmpito del giudice delegato potrà essere ristretto nei limiti del possibile, con reale vantaggio degli affari „ (3); e la Commissione per gli studi preparatori del nuovo Codice di commercio, per giustificare la nomina della delegazione di sorveglianza in un tempo che può sembrare troppo poco entrato nella procedura del fallimento, così argomentava: " Nello stato d'incertezza che a quel tempo (al tempo, cioè, della sentenza dichiarativa del fallimento) deve necessariamente dominare intorno alla sussistenza ed all'entità dei crediti, non può invero ritenersi che la delegazione allora nominata rappresenti la massa dei creditori, ma ciò nondimeno essa può presentare una valida garanzia, a cui non è possibile rinunciare anche in quel tempo, per l'importanza che possono avere, sul generale andamento dell'affare, i primi atti dell'amministrazione „ (4). L'ufficio principale, in vista del quale la delegazione di sorveglianza viene nominata, lo si ha delineato intieramente nella stessa denominazione di cui ci serviamo per l'istituto; cioè, deve sorvegliare la amministrazione per controllare la gestione del curatore, per renderlo diligente ed attento nel disimpegno delle sue funzioni, per evitare possibili abusi o parzialità da

(1) Legge commerciale germanica: § 79, Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der zahl der Gläubiger oder dar Vertreter von Gläubiger einen Gläubigerausschuss bestellen.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerverausschusses zu beschliessen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Im Mitgliederer können Gläubiger oder andere Personen gewälht werden „.

(2) Legge inglese sul fallimento (25 agosto 1883) art. 14, n. 8: " Essi *(i creditori)* eleggeranno per deliberazione alcune altre persone idonee, in numero non maggiore di cinque, creditori aventi diritto a votare alla prima adunanza dei creditori, accennata nella presente legge, od autorizzati sulla forma prescritta da creditori aventi tale diritto a votare: onde formare un comitato d'ispezione allo scopo di sorvegliare l'amministrazione tenuta dal sindaco dei beni del fallito „.

(3) Cfr. VIDARI, *Il nuovo Codice di comm.*, articolo 713, Hoepli, 1883.

(4) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 4 febbraio 1872.

parte dell'amministrazione a detrimento della massa patrimoniale ed a beneficio particolare del fallito, o di un qualche creditore personalmente. Vedremo, nella trattazione delle varie fasi della procedura del fallimento, quali sieno i più speciali uffici che sono devoluti alla delegazione dei creditori.

139. *Nomina della delegazione.* — La delegazione dei creditori vien nominata nella prima adunanza fissata dall'art. 691; così vien nominata unitamente al curatore definitivo ed i due perni su cui, all'infuori dell'intervento dell'autorità giudiziaria, rappresentata a sua volta dal giudice delegato, s'aggirano gli interessi del patrimonio della fallita, sono fissati. Ma il legislatore non dice esplicitamente a chi spetti la nomina della delegazione; è bensì vero, che a differenza del curatore il quale è nominato dal tribunale, per l'espressa disposizione della legge la delegazione di sorveglianza vien nominata in un'adunanza dei curatori, la prima da essi tenuta ed indetta dal tribunale, e quindi è necessario dedurre da tale disposizione che la nomina stessa è devoluta al voto della maggioranza dei creditori rappresentata in quella prima adunanza; ma, come si ripete, una esplicita disposizione che tolga ogni dubbio, anzi che non lasci luogo al nascere d'alcuno, manca nell'articolo 723, ed è ciò deplorevole.

Sembrerebbe pel carattere di controllo sulle operazioni amministrative del curatore che la delegazione, a guisa di delegazione provvisoria, così come si ha il curatore provvisorio, dovesse essere nominata non appena incominciano le fasi dell'amministrazione del fallimento, quindi contemporaneamente al curatore provvisorio; perchè una vera ragione che valga a giustificare questa indipendenza da qualsiasi controllo da parte dei creditori concessa al curatore provvisorio, non esiste; tanto più che potrebbe riescire più facile al curatore provvisorio infedele, di esercitare le sue male arti a danno della massa patrimoniale del fallimento in quel periodo di confusione, quale è quello dei primi momenti della dichiarata fallita, che non al curatore definitivo; quindi, si verificherebbe più strettamente necessario il controllo della delegazione di sorveglianza sulla gestione del curatore provvisorio, che sulla gestione del curatore definitivo.

Il legislatore permette alla adunanza dei creditori che nomina la delegazione di scegliere da tre a cinque delegati; ma il numero dev'essere sempre dispari perchè le deliberazioni della delegazione dovendo essere sempre stabilite a maggioranza assoluta di voti ed i delegati dovendo sempre e tutti dare il loro voto, così, per un lato la maggioranza assoluta si avrà in ogni caso, e per l'altro non si verificheranno parità di votazioni contrarie: quindi il numero dei delegati sarà o di tre o di cinque; di quattro non potrà mai esserlo.

La legge germanica invece non limita il numero dei delegati nè fissa la disparità del loro numero, bastando che il comitato di sorveglianza venga nominato, che funzioni nell'interesse della massa dei creditori, e che le deliberazioni del comitato vengano approvate dalla maggioranza dei delegati.

La legge inglese fissa a cinque il numero massimo dei delegati, ma non stabilisce il loro minimo numero, quindi può darsi che la delegazione di sorveglianza sia rappresentata da un solo creditore nominato a ciò, o da due o da tre o da quattro: e così tanto la legge germanica quanto la legge inglese non hanno evitato nessuno di quegli inconvenienti che si possono verificare per le deliberazioni prese da una delegazione in numero pari di membri, inconvenienti per aver evitati i quali si merita veramente lode il legislatore italiano: mentre i legislatori tedesco ed inglese non si capacitarono sufficientemente dei danni che possono derivare agli interessi della massa patrimoniale, pei ritardi in prendere certe deliberazioni osteggiate da parte dei delegati.

140. *Poteri concessi alla maggioranza dei creditori dalla delegazione di sorveglianza.* — Alcuni trattatisti di diritto commerciale (1) analizzando il secondo comma dell'articolo 723 opinano che la delegazione nominata secondo la disposizione del capoverso dello stesso articolo debba considerarsi come provvisoria; perchè, dicono essi, il potere concesso alla maggioranza dei creditori, i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo, può nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti mutare i membri della delegazione od alcuno di essi od elevarne il numero da tre a cinque: quindi alla fine per essere sicura nel suo ufficio la delegazione dei creditori, nominati nella adunanza prima indetta dal tribunale, deve ottenere o la tacita approvazione di creditori, o subire le modificazioni che a questi piacerà portare nel suo organismo, o lasciar passare il tempo utile assegnato alla maggioranza dei creditori per modificare la composizione della delegazione di sorveglianza o per modificarne il numero.

Noi non siamo di questo parere, perchè il carattere della delegazione non ancora approvata o modificata dall'adunanza dei creditori a mente del comma secondo dell'articolo 723, è troppo diverso e pel tempo in cui essa esercita le sue funzioni, e per la estensione di quelle stesse funzioni, dal curatore provvisorio, col quale però vengono meno gli elementi per confrontarla. Il curatore provvisorio, come abbiamo visto, nel tempo della sua amministrazione non può metter mano che ad operazioni conservative; mentre la delegazione che si vorrebbe chiamare provvisoria dal momento in cui è nominata entra nella pienezza delle sue funzioni nè ha d'uopo d'alcuna ulteriore autorizzazione od amplificazione di mansioni; il curatore provvisorio viene eletto, come abbiamo già osservato, in una fase dell'amministrazione della massa patrimoniale devoluta al fallimento, nella quale egli figura il solo organismo amministrativo; mentre, finita appunto quella fase, viene eletta la delegazione dei creditori contemporaneamente al curatore definitivo, in una fase, cioè, più netta, più certa della procedura del fallimento: quindi a noi queste diversità non trascurabili, sembrano sufficienti per assegnare alla delegazione dei creditori, nominata secondo la disposizione del primo comma dell'articolo in esame, un carattere troppo differente da quello del curatore provvisorio, perchè i due organismi si possano assimilare.

È notevole come il tempo nel quale i creditori possono arrecare qualche modificazione all'organismo della delegazione di sorveglianza sia limitato; sembrerebbe, invece, che le ragioni, che mossero il legislatore a concedere ai creditori il diritto di ritornare sulla scelta una volta fatta della delegazione, essendo le stesse per cui fu sancita la disposizione dell'art. 719, già esaminato, anche nel caso dell'art. 723, secondo comma, alla massa dei creditori non dovesse essere imposto nessun limite di tempo, riguardo alla opportunità di mutare o modificare la delegazione dei creditori: e noi crediamo che sia una vera lacuna lasciata nella nostra legge commerciale del fallimento, dal legislatore italiano. Se ai creditori s'accorda un diritto basato su una ragione di convenienza, di mettere una persona di loro fiducia alla amministrazione del patrimonio della fallita, e questo diritto non soffre limiti di tempo; e poi s'accorda, per la stessa ragione, un altro diritto consimile alli stessi creditori, ma si limita l'esercizio di questo diritto ad un tempo determinato, non si sa più a quale causa attribuire una siffatta disposizione di legge, se non ad una dimenticanza del legislatore.

Richiede poi il legislatore una condizione speciale nei creditori perchè possano partecipare a quella maggioranza che è rite-

(1) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 223, n. 258.

nuta necessaria per le modificazioni da arrecarsi alla delegazione in base dell'articolo 723, secondo comma; cioè, devono essere creditori i cui crediti siano stati verificati od ammessi al passivo, quindi creditori accertati e non presunti; e ciò a differenza della disposizione del primo comma stesso articolo, secondo il quale i creditori basta che sieno tali senz'altro, per partecipare alla nomina della delegazione. Il legislatore stabiliendo nella parte ora in disamina dell'art. 723 quasi una eccezione, volle che potessero valersi di tale diritto eccezionale quelle sole persone che avessero un vero e certo diritto sulla massa patrimoniale, essendo questi soli i creditori che hanno un diretto interesse di un'ottima amministrazione. Quello che il legislatore ha dimenticato nel primo comma, lo espone nel secondo dell'art. 723; diciamo sul come deve manifestarsi la volontà dei creditori riguardo alla nomina della delegazione dei creditori; e la maggioranza che la legge richiede per modificare la delegazione prima nominata, non vi ha dubbio che deve essere anche quella per rendere valida la nomina originale: il che aveva già accennato.

Non solo è concesso alla maggioranza dei creditori accertati od ammessi al passivo, di modificare la delegazione mutando alcuni membri che la compongono; ma è pure accordato il diritto di mutare radicalmente la delegazione, di sostituire alla prima nominata una nuova delegazione; e la legge non impone nè obbligo di motivazione, nè necessità di motivi perchè i creditori possano prendere tali misure; basta che la maggioranza dei creditori deliberi di valersi del diritto garantitole perchè valide e giustificate sieno tutte queste variazioni. Qui pure si riscontra una modificazione, non abbastanza giustificata dal criterio che il legislatore ha seguito per le disposizioni degli articoli 716 e 719 riguardo al curatore; nel primo dei quali ha imposta la enunciazione dei motivi perchè il tribunale possa nominare curatore una persona non iscritta nel ruolo dei curatori, e nel secondo ha voluto che la persona che i creditori vogliono surrogare al curatore nominato dal tribunale, goda la loro fiducia. La disposizione dell'articolo 723, riguardo alla mutazione parziale o totale dei membri della delegazione, presenta, ognun lo vede, un raccorciamento di quel criterio che aveva già guidato il legislatore, negli articoli 716, 719 e anche 720; criterio che si compendia nel bisogno di evitare gli arbitrii personali dei giudici o dei creditori che potessero essere nocivi agli interessi patrimoniali della fallita.

Sembra però, a noi, che il legislatore lasciando così, nuda da ogni motivo o giustificazione, la disposizione dell'articolo 723 secondo comma, non abbia tutelato come era necessario nè gli interessi patrimoniali del fallimento, nè le persone che all'ufficio di delegati di sorveglianza potessero essere primamente nominate.

Da ultimo è concesso alla maggioranza assoluta dei creditori accertati od ammessi al passivo di elevare da tre a cinque il numero dei delegati; ma il legislatore non dice se ugual diritto competa per la diminuzione da cinque a tre del numero dei delegati. Noi crediamo che il silenzio del legislatore, per quanto la lettera della legge sia contraria all'opinione nostra, non vada interpretato restrittivamente; ma che il diritto di aumentare il numero dei delegati debba ritenersi completo anche per la sua inversione cioè dal diritto di diminuirlo, sempre fino a quel limite che la legge ha sancito quale minimo quantitativo numerico per la delegazione dei creditori: e ciò crediamo perchè se, come non può essere dubbio, il legislatore ha inteso che l'ultima parola sulla delegazione fosse riservata alla maggioranza dei creditori accertati od ammessi al passivo, non vi sarebbe ragione che durante l'esercizio del diritto concesso intervenisse una limitazione a risecare tanta parte nella quantità del diritto stesso.

Art. 724.

Il curatore deve immediatamente notificare ai delegati la loro nomina.

Essi devono, entro cinque giorni dalla notificazione della nomina, eleggere tra loro un presidente e darne notizia al tribunale. In mancanza, la delegazione è presieduta dal creditore nominato col maggior numero di voti.

Il presidente rappresenta la delegazione dei creditori nelle sue relazioni col curatore, col giudice delegato e col tribunale, ma è in facoltà della delegazione di distribuire i doveri del suo ufficio tra i suoi membri per turno o per singoli affari.

Se il presidente è impedito, ne fa le veci quello tra gli altri delegati che fu nominato col maggior numero di voti.

In caso di parità di voti, è preferito il più anziano di età.

Le deliberazioni della delegazione sono prese a maggioranza assoluta di voti, secondo le disposizioni dell'articolo 359 del Codice di procedura civile.

Sommario.

141. *Notificazione della nomina a delegati ed elezione del presidente della delegazione.*
142. *Chi rappresenta il presidente.*
143. *Autorizzazione parziale ai singoli delegati.*
144. *Veci del presidente.*
145. *La maggioranza assoluta di voti nelle deliberazioni della delegazione.*

141. *Notificazione della nomina a delegati ed elezione del presidente della delegazione.* — Tolta la ingerenza del tribunale nella nomina della delegazione di sorveglianza, non era più lecito che l'autorità giudiziaria intervenisse con alcuno dei suoi atti nelle necessarie conseguenze derivanti dalla nomina dei delegati. Per questo il legislatore, fra gli altri obblighi che fanno parte dell'ufficio del curatore definitivo, chè a questo solo si riferisce la disposizione dell'articolo in disamina, ha introdotto anche l'obbligo della notificazione, della avvenuta nomina a delegati di sorveglianza, alle persone sulle quali cadde la scelta dei creditori. Queste notificazioni, o meglio questi avvisi, per usare le parole del legislatore, devono essere consegnati alle persone cui sono diretti ritirandone ricevuta, o devono essere spediti con lettera raccomandata alla posta. Le prove della consegna e dell'impostazione sono unite agli atti del fallimento; così stabilisce l'articolo 78 del regolamento per la esecuzione del Codice di commercio; e così farà il curatore nell'adempimento dell'obbligazione fattagli per l'articolo 724, primo comma.

Il legislatore prosegue nelle sue disposizioni risguardanti la nomina e l'entrata in funzione della delegazione dei curatori, come se nessuna difficoltà si possa elevare, sia per la non accettata carica da parte delle persone scelte o da parte di alcune di esse, in modo che il numero delle accet.

tanti sia inferiore al minimo di tre, stabilito come assolutamente necessario. Per non toccare della prima delle accennate difficoltà, la quale potendosi benissimo verificare o perchè non siasi l'adunanza dei creditori mai occupata della nomina della delegazione di sorveglianza, o perchè i creditori, quantunque abbiano tentata la nomina della delegazione, non siano riusciti a condurla a buon porto con la votazione per maggioranza, non viene sciolta, neppure embrionalmente, dalle disposizioni di legge sulla delegazione di sorveglianza, onde si può accettare l'opinione del Vidari (1), che in tal caso, data la non assoluta necessità della esistenza e del funzionamento della delegazione, i creditori non devono essere ritenuti come abdicanti nelle mani del tribunale il diritto loro accordato dal legislatore, e quindi non spettare allora al tribunale la nomina della delegazione, salvo sempre all'adunanza dei creditori di chiedere la sostituzione di tale delegazione con altra scelta con la maggioranza assoluta dei creditori accertati od ammessi al passivo? Per non toccare più ampiamente, diciamo, di tutto ciò e rimandando alcune riflessioni sull'opinione del Vidari a più avanti, rimane pur sempre una seconda difficoltà, a sciogliere la quale nessuna guida offre nè l'ermeneutica della legge, nè la interpretazione dello spirito delle disposizioni relative a questa materia; rimane quella, cioè, della non accettazione dell'incarico offerto da parte delle persone nominate nell'adunanza dei creditori. Giacchè, non si può credere, come fanno alcuni autori (2), che l'art. 724 non presenti difficoltà; chè anzi difficoltà e molte e gravi scaturiscono dalla lettera e più dallo spirito di tale articolo, il sciogliere le quali, al caso pratico, rimane tutto nell'arbitrio dell'autorità giudiziaria. L'avvenuta nomina dei membri della delegazione mediante la votazione dei creditori; la notificazione regolarmente fatta da parte del curatore alle persone nominate, non implicano la negazione della libertà di quelle persone, libertà che può benissimo estrinsecarsi nella non accettazione dell'incarico, facendo per tal guisa ruinare fino alle fondamenta l'edificio giuridico della delegazione dei creditori, fondata sul presupposto, non vero, della accettazione in ogni caso delle persone nominate. Il legislatore, nella sua relazione premessa al Codice, si augura, come già riferimmo, " che i commercianti più accreditati e facoltosi delle maggiori piazze non rifiutino codesto mandato di sorveglianza... „ ma l'augurio non verificandosi, quali rimedi vi propone egli? Nessuno! Nessuno!; il che è troppo poco trattandosi di materia tanto grave ed importante; di un organismo senza cui l'amministrazione del fallimento non può legalmente progredire, mancando quel contrapposto che il legislatore volle elevare di fronte al curatore ed in sostituzione della pluralità dei sindaci nell'antica legge commerciale, checchè ne dica il Vidari; di un organismo, infine, al quale sono demandati in tutta la procedura del fallimento tanti e sì svariati ed importanti uffici, i quali non avrebbero evasione quando mancasse il mezzo per cui possono essere fatti valere, come la legge stessa stabilisce. Ora, per riprenderci alla concreta disposizione di legge, il legislatore nel supposto, che rimane poi unico, della avvenuta accettazione da parte delle persone scelte, dà le norme perchè la così costituita delegazione di sorveglianza possa funzionare. E se non accettano i nominati? e se due od uno solamente fra essi accettano, come si supererà questo ostacolo? Si potra passare, evidentemente, alla nomina di altre persone sia per completare il numero dei membri così come vuole la legge, almeno nel minimo richiesto; sia per nominare *ex integro* una nuova delegazione. E se allora i creditori non vogliono più passare ad una nuova adunanza

(1) Op. cit., vol VIII, pag. 342-343, § 4526.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 227, n. 263

per simile oggetto, o se le persone scelte man mano in sostituzione delle rinuncianti non vogliano accettare, sicchè si esaurisca il numero dei creditori, e quindi non si possa più creare questo organismo della delegazione, quale è la soluzione che si appresta più logica, più consona allo spirito della legge e della pratica commerciale? Il Vidari, come già riferimmo, opina che in tale evenienza non si possa ritenere delegato il tribunale alla nomina dei membri della delegazione di sorveglianza; ma che se i creditori, nel cui interesse è istituita la delegazione, non vogliono addivenire alla nomina di quella, segno è ch'essi reputano sufficiente, per la buona amministrazione della massa patrimoniale del fallimento, il curatore sotto il controllo del giudice delegato: e, siccome non è un obbligo che la legge fa ai creditori di nominare il comitato di sorveglianza, ma è una facoltà, un diritto che loro accorda, così di tale facoltà, di tale diritto possono i creditori valersi anche mediante il non uso: e seguita il commercialista italiano: " Non è vero lo asserire che, nella economia del Codice di commercio, la delegazione dei creditori è un istituto necessario. — Non è necessario, perchè, come si è detto dianzi, ben può darsi che nessun creditore voglia assumere l'ufficio di delegato. E allora, forse che le operazioni del fallimento non dovranno, del pari, essere continuate e compiute? — Non è necessario ancora, perchè nessuna funzione essenziale affida la legge alla delegazione; mentre parecchie di tali funzioni (tutte, del resto d'importanza molto subordinata) possono anche essere più utilmente affidate al giudice delegato o ad altri. Nè importa che la legge dica, l'amministrazione del fallimento essere tenuta da un curatore nominato dal tribunale sotto la sorveglianza di una delegazione dei creditori e sotto la direzione di un giudice delegato; imperocchè s'intende sempre, naturalmente, che ciò sia possibile. Ora, siccome possibile è sempre soltanto di avere un curatore (ufficio questo avidamente ricercato perchè lucroso) ed un giudice delegato; vuol dire che della delegazione si ha da potere anche far senza quando non si riesca a costituirla come vuole il Codice „ (1). Se non che la deserzione dell'ufficio di delegato di sorveglianza, che al Vidari si presenta con fisionomia particolare, per stabilire la non necessarietà della istituzione dell'organismo di che si tratta, si può ugualmente verificare quanto al curatore, per quanto la lucratività dell'ufficio presenti più probabilità di trovare, sempre e subito, chi accetti, che di imbattersi in molti che si rifiutino, ed allora cadrebbe nel ridicolo colui che volesse risolvere questa stranissima difficoltà dicendo che il curatore non è necessario, e facendo un'argomentazione simile a quella del Vidari riguardo alla delegazione dei creditori: evidentemente le due questioni si presentano con un deciso carattere di insolubilità, perchè, tanto nel caso del curatore come in quello della delegazione, nessuno potrà essere costretto per forza di legge ad assumere tali uffici, epperò si può idealmente rappresentarsi una amministrazione di fallimento, alla quale manchino e il curatore e la delegazione, onde, seguendo ad una conseguenza estrema l'argomentazione del Vidari, si può dire che il giudice delegato, il quale non può per le speciali sue condizioni rifiutarsi e deve quindi disimpegnare l'ufficio suo come ufficio pubblico, rimarrà il solo ad amministrare la fallita fungendo ad un tempo ed alle sue funzioni speciali ed a quelle di curatore ed a quelle di delegazione dei creditori. Ma tuttavia, per non creare difficoltà insorgenti unicamente nei campi vasti e, ben di spesso, assurdi, della teorica, e per restare ad una considerazione più pratica ci limitiamo al caso in cui i creditori non si curino di nominare, come prescrive l'art. 723, la delegazione di sorve-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 344, § 4526.

glianza. Allora, perchè tale istituto, che è per noi, contrariamente all'opinione del Vidari, un organismo indispensabile alla meccanica amministrativa della fallita, non può essere escluso, nè può l'amministrazione senza di esso funzionare, al tribunale, alla autorità giudiziaria, che rimane poi sempre l'arca dell'esercizio di tutti i diritti e la fonte da cui questi emanano come il punto in cui tutti convergono, spetta indubbiamente l'esercizio del diritto a cui i creditori hanno dato così poca importanza, ed in loro surroga nomina i membri della delegazione; in questa nostra opinione concorre il tribunale civile di Livorno il quale in una sentenza del 1883 (1) stabilisce che pel solo fatto della mancata nomina della delegazione da parte dell'adunanza dei creditori, per ciò solo si deve intendere tale nomina deferita all'autorità tribunalizia. Passata per tal guisa al tribunale la nomina della delegazione di sorveglianza, nasce il dubbio sul modo di notificare ai membri così eletti la loro nomina: cioè che l'autorità giudiziaria mediante la cancelleria del tribunale debba coi mezzi della ordinaria procedura su ciò notificare ad ognuno degli eletti la loro nomina; o se invece tale obbligo competa al curatore come stabilisce l'art. 724 in esame. Noi crediamo che in simile caso si debba seguire contemporaneamente l'una e l'altra foggia di procedura; e cioè il tribunale per la cancelleria notificherà coi mezzi ordinari di procedura la elezione dei membri della delegazione di sorveglianza al curatore; questi a sua volta dovrà comunicare ad ogni singolo eletto la avvenuta nomina così come prescrive l'art. 78 del regolamento per l'esecuzione del Codice di commercio.

Un'altra e non meno grave lacuna, che è però la diretta conseguenza di quella che abbiam or ora esaminata, si riscontra nell'articolo in disamina, riguardo al tempo in cui i membri della delegazione di sorveglianza devono entrare nel loro ufficio: la legge stabilisce, è vero, che entro cinque giorni dalla notificazione della nomina devono eleggere tra loro un presidente e darne notizia al tribunale; ma ciò non è ancora entrare nell'abituale disimpegno dell'ufficio loro demandato, perchè è solamente un atto relativo alla costituzione ed alla organizzazione interna del comitato, e non è un atto di funzionamento. L'art. 725, che esamineremo meglio in seguito, impone alla delegazione di radunarsi almeno due volte al mese, lasciando però al presidente di essa la facoltà di riunirla anche più di spesso, ossia qualunque volta lo stimi opportuno; viene quindi, indirettamente, a stabilirsi anche il tempo in cui la delegazione deve incominciare le sue funzioni; ma ciò non è per nulla sufficiente, giacchè si mostra più logico che il legislatore avesse fissata l'epoca in cui la delegazione deve intendersi aver incominciato l'ufficio suo, al tempo stesso in cui si è perfezionato il suo interno organismo per la nomina del presidente; però noi riteniamo che, appunto avvenuta la nomina del presidente, la delegazione s'intende incominciare definitivamente le sue funzioni.

Entro cinque giorni dalla avvenuta notificazione ai membri della delegazione della loro nomina, essi devono radunarsi per eleggere tra loro un presidente. Questo membro della delegazione per essere eletto alla carica di presidente, deve ottenere la maggioranza assoluta di voti; quando poi non si possa eleggere un presidente in questa guisa, quello fra i delegati che ha avuto maggior numero di voti è assunto all'ufficio presidenziale. Il nostro legislatore, che nella redazione di questa sezione del Codice di commercio, riguardo al comitato di sorveglianza, seguì la legge germanica, non ha osservato a quali inconvenienti si correva incontro modificando alcune parti di quelle disposizioni, le quali sono tra loro

(1) 26 giugno.

legate da un vincolo tale di necessità e di dipendenza, che modificandone una, bisogna portare cambiamenti i più vari anche nelle altre, per non far nascere deplorevoli antinomie e contraddizioni. Così la legge germanica, che non fissa il numero dei membri della delegazione, può lasciare che uno fra essi sia il presidente, senza creare la possibilità di votazioni nulle per insufficienza di voti raccolti da una opinione, riguardo alle deliberazioni del comitato di sorveglianza; ma il nostro legislatore, che ha portato il numero dei membri della delegazione al massimo di cinque, crea la possibilità che quando la delegazione non si compone che di tre membri, uno dei quali è presidente ed un altro è relatore, si abbiano tre voti disparati e non si possa quindi mai raccogliere nessuna specie di maggioranza necessaria alla validità di una deliberazione; quindi, le deliberazioni di una delegazione di sorveglianza, per quanto voti anche il presidente, non hanno, per la troppa ristrettezza del numero dei membri della delegazione, molte probabilità di urtare contro l'ostacolo della disparità di voti reso insormontabile appunto più che altro dalla qualità di membro votante della delegazione accordata al presidente. Sembra quindi a noi che il legislatore, in luogo di seguire la guida della costituzione del tribunale civile e della maniera secondo la quale, in seno a quei corpi giudiziari, avviene la votazione e la pronunciazione delle sentenze, doveva imporre la scelta del presidente all'infuori del numero dei membri della delegazione: non accordargli voto, ma solamente affidargli la direzione delle riunioni e delle discussioni nel seno della delegazione. Per queste disposizioni della legge si delinea poi un altro inconveniente, relativo ancora alla ristrettezza del numero dei membri della delegazione; e cioè: il presidente si considera membro della delegazione allo scopo di addossargli qualche speciale incarico, qualche particolare dovere, in forza della disposizione del terzo alinea, art. 724? Evidentemente la nomina a presidente non toglie al membro della delegazione, innalzato a quella carica, la prima sua qualità, preponderante, di membro della delegazione; quindi a lui, come ad ogni altro suo collega, possono essere assegnati speciali incarichi o particolari disimpegni d'affari appartenenti all'ufficio della delegazione; questo sembra a noi un non lieve inconveniente, perchè può avverarsi una forma di incompatibilità, a cui la legge non provvede, dipendente dalla carica di presidente della delegazione in cozzo con il disimpegno, la responsabilità che da ciò deriva, di uno speciale affare, o di parecchi affari, affidati al membro presidente. Se poi il numero necessario di voti dei membri della delegazione per costituire la maggioranza assoluta non si raccolga sulla persona di nessuno fra i membri, allora quello fra essi che nella votazione seguita nel seno della delegazione di sorveglianza ha raccolto il maggior numero di voti, maggior numero che nel suo minimo deve essere di due, è il presidente di diritto della delegazione ed adempie quindi a tutte quelle speciali funzioni che sono di competenza del presidente.

142. *Chi rappresenta il presidente.* — L'alinea terzo dell'art. 724 parla della funzione rappresentativa devoluta al presidente della delegazione dei creditori. Il presidente rappresenta la delegazione dei creditori nelle sue relazioni col curatore, col giudice delegato e col tribunale, ma è in facoltà della delegazione di distribuire i doveri del suo ufficio tra i suoi membri per turno o per singoli affari. Ora, qui si rileva una particolare contraddizione tra gli uffici che sarebbero devoluti al presidente e le disposizioni in forza delle quali la delegazione può distribuire tra i suoi membri per turno o per singoli affari i doveri del suo ufficio; di fatto, la posizione materiale della seconda parte dell'alinea in esame, fa sì che essa figuri vincolata alla

prima parte dello stesso alinea in modo da risultarne un correttivo, una conseguenza. Si domanda, in ordine a queste premesse, il presidente della delegazione di sorveglianza è assolutamente e solo rappresentante della delegazione nei rapporti di questa col curatore, col giudice delegato e col tribunale, oppure può la delegazione dei creditori assegnare la mansione di rappresentarla in tali rapporti, ad un altro qualunque dei suoi membri? La distribuzione che la delegazione ha facoltà di fare dei doveri del suo ufficio tra i suoi membri, non elimina anche indirettamente quello speciale incarico di generica rappresentanza della delegazione che sembrerebbe riservato al solo presidente? La distribuzione e la assegnazione fatta ai membri di un dovere speciale o di un singolo affare, implica anche per essi il diritto e l'obbligo di rappresentare quell'affare e l'adempimento di quel dovere di fronte al curatore, al giudice delegato e al tribunale? E se questo diritto di rappresentanza, che, logicamente, dovrebbe essere unito al diritto ed all'obbligo derivanti dall'assunzione e dal disimpegno del particolare mandato, affidato ad ognuno dei membri, si stacca e si devolve al presidente della delegazione, come avrà esso quella necessaria conoscenza dei singoli affari geriti particolarmente dagli altri suoi colleghi, in modo da rappresentare efficacemente la bisogna a quelle persone od a quelle autorità che possono chiedergli conto delle funzioni esercitate dalla delegazione dei creditori? Sarà sufficiente il rendiconto che i membri della delegazione debbono al loro presidente nel disimpegno degli affari a loro affidati, per assicurare al presidente stesso la logica e precisa idoneità a quella rappresentazione che il legislatore gli ha affidata? A tutte queste ed alle altre molte questioni che si potrebbero sollevare riguardo alla disposizione dell'articolo 724 alinea terzo, si può rispondere soddisfacentemente in un modo solo; e cioè, dando alla prima parte di quell'alinea un'esistenza indipendente affatto ed esclusiva di fronte alla sua seconda parte; sicchè allora la rappresentanza della delegazione dei creditori, devoluta, come diritto ed obbligo assoluto, inalienabile, non suscettivo nè di delegazione nè di divisione in parti, al solo presidente, domina sovrana tutta la disposizione dell'alinea terzo articolo 724; e la assegnazione di particolari doveri o di singoli affari fatta a ciascuno dei membri della delegazione, non comprende mai il diritto o l'obbligo della rappresentanza per quell'affare o per quel dovere per parte del mandatario di fronte al tribunale, al giudice delegato o al curatore. Noi crediamo che sia questa l'unica logica interpretazione della lettera e dello spirito della legge, per quanto, apparentemente, possa parer dubbia stante la disposizione che abbiamo or ora esaminata dell'articolo 724 alinea terzo.

Il presidente, dunque, della delegazione può, come membro di essa, avere uno speciale incarico o la gestione di un singolo affare; ma il suo carattere, la sua funzione predominante rimane la rappresentanza della delegazione stessa; e quando il curatore, o il giudice delegato, o il tribunale, o anche il fallito vogliano aver comunicazioni con la delegazione dei creditori, come organismo amministrativo, devono rivolgersi al presidente di essa; il quale, però, non potrà mai deliberare *ex suo jure* sulle domande rivoltegli, che nel solo caso che trattisi di semplici indicazioni o schiarimenti; ma in ogni altro caso dovrà sentire la delegazione che egli può sempre convocare quando creda opportuno. Il presidente rappresenta però questa delegazione come organismo, e non mai i singoli membri separatamente; quando il tribunale, o il giudice delegato, o il curatore, o il fallito abbiano uopo di chiedere schiarimenti intorno a qualche operazione, o fatto, o che altra bisogna dell'amministrazione del fallimento, specialmente se trattisi di quel particolare affare di cui è incaricato il membro della

delegazione il quale si interpella, allora è lecito rivolgersi direttamente a questo membro, che userà ogni suo buon diritto rispondente a tali interpellazioni senza ricorrere o rimandare l'interpellante al presidente della delegazione. Con questa correzione che proponiamo alla interpretazione restrittiva dell'art. 724 alinea terzo crediamo avere pienamente interpretata la mente del legislatore.

La responsabilità poi degli atti fatti per l'avvenuta distribuzione d'uffici dai singoli membri della delegazione ricade intiera sui mandatari stessi, e non si forma nessuna solidarietà se non per quelle deliberazioni od operazioni dovute alla delegazione stessa come unità amministrativa composta dai membri delegati. Il Codice attuale non dice, come invece esplicitamente faceva il cessato Codice all'articolo 572, nulla su ciò; ma basta il buon senso giuridico e la conoscenza dei più elementari principii del diritto, per capire che non si possa venire a nessun'altra diversa conclusione da quella a cui noi ci siamo ridotti.

143. *Autorizzazione parziale ai singoli delegati.* — Dopo quello che nel precedente paragrafo abbiamo esposto circa la mansione speciale del presidente sulla non divisibilità di questa mansione, sulla responsabilità dei membri della delegazione, ora collettiva o solidale, ora individuale, poco rimane ad aggiungere riguardo alla autorizzazione concessa ai membri della delegazione per adempire particolarmente a certi doveri e per fungere a certi speciali uffici.

Il legislatore, nella motivazione dell'articolo 724 alinea terzo, dice che la disposizione, che ora esaminiamo, fu suggerita dall'intenzione di rendere più facile, più rapido e più sicuro alla delegazione il suo compito di sorveglianza; e la disposizione che nell'articolo 724, accorda la divisibilità della mansione speciale della delegazione si riconnette, a detta dello stesso legislatore (1), alla analoga disposizione dell'articolo 572 del Codice di commercio del 1865, ora cessato. Quindi, come si osservò, si intende compresa nella disposizione della seconda parte del terzo alinea articolo 724 la disposizione che addossa la responsabilità, individualmente a ciascuno dei membri della delegazione, per quell'affare particolare o per quel determinato ufficio che ebbe l'incarico di compiere. Nessuno dei membri della delegazione può arbitrarsi di assumere questo o quell'affare, o di disimpegnare l'uno o l'altro compito devoluto all'ufficio della delegazione, se non è la delegazione stessa che in una sua riunione divide fra i suoi membri il disimpegno della generica funzione di sorveglianza che le spetta; ed è libero a ciascuno dei membri di rifiutare l'incarico anche quando abbia accettata la nomina a membro della delegazione, mentre non è libero a nessuno fra essi l'intervenire o non alle adunanze della delegazione ed anche alle altre convocazioni che seguendo un criterio di opportunità possa il presidente indire. Giacchè, mentre con l'accettazione della nomina a membro del comitato di sorveglianza, le persone elette assumono l'obbligo di adempire in unione tra tutti a quella sorveglianza sull'amministrazione del fallimento, che è lo scopo per cui furono eletti, non si assumono, invece, nessun obbligo riguardo agli incarichi particolari che possano essere devoluti singolarmente ad ognuno di loro: la disposizione che ora esaminiamo non costituisce che una semplice facoltà accordata alla delegazione ed ai suoi membri, la quale è per questo nè obbligatoria per la delegazione, nè obbligatoria per i singoli membri. Però, quando la delegazione usi di tale sua facoltà, e dei membri ciascuno accetti quella funzione particolare che gli viene affidata, è allora tenuto ad adempirla con la maggior possibile diligenza ed ocula-

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 4 febbraio 1872.

tezza, essendo responsabile verso la massa dei creditori della colpa anche lieve come mandatario (1).

141. *Veci del presidente.* — Potendosi avverare che il presidente, quantunque eletto, non possa, o per malattia o per altro legittimo impedimento, adempiere a proprio ufficio, nè potendo la delegazione subire, riguardo al compito suo, alcuna soluzione di continuità, alcun arresto, era necessario provvedere alla sua sostituzione: per questo il legislatore ha stabilito che, se il presidente è impedito ne fa le veci quello, tra gli altri delegati, che fu nominato col maggior numero di voti; o, in caso di parità di voti, è preferito il più anziano d'età. Sembrerebbe impossibile, a prima veduta, che una tanto semplice e logica disposizione possa dar luogo a quegli inconvenienti che noi verremo adittando allo studioso. Abbiamo già osservato, nel § 142, come non sia affatto lodevole il sistema del legislatore italiano, di aver scelto il presidente della delegazione fra le persone stesse che sono i membri della delegazione. L'inconveniente che così indicavamo trova qui applicazione: in quanto che, una volta che il presidente si trovi impedito e quindi non possa disimpegnare il suo ufficio, noi vediamo come la delegazione dei creditori venga sempre a trovarsi composta da un numero pari di membri, contrariamente allo studio del legislatore di averla costantemente composta da un numero dispari allo scopo di rendere più sicura e sollecita la determinazione della maggioranza: si vede da ognuno che questo inconveniente, che si verifica non solo in ipotesi ma nella pratica, è inevitabile e dipende unicamente dal difettoso costituirsi della delegazione dovuto al sistema seguìto dal legislatore. Se il presidente, senza diritto a votare nelle deliberazioni della delegazione ma rivestito dell'unico ufficio di direzione della funzione sorvegliatrice, non fosse membro contemporaneamente della delegazione, non si verificherebbe la diminuzione numerica dei voti della delegazione e non si avrebbe lo inconveniente accennato. Però, in coordinamento colla nomina del presidente estraneo alla delegazione, bisognerebbe che pure il vicepresidente fosse tolto fuori della delegazione per non creare, con l'intento di evitarne uno, un secondo inconveniente e non meno grave del primo: allora, essendo ben difficile il caso che ambedue le cariche presidenziali vengano a trovarsi prive dei loro titolari perchè impediti, quando il presidente fosse impedito, entrato in ufficio il vicepresidente la delegazione funzionerebbe ugualmente bene e perfettamente con quella disparità di membri che il legislatore volle avere.

A vice-presidente viene eletto quello che fra gli altri delegati fu nominato col maggior numero di voti; qui il legislatore si riferisce per la nomina a membri della delegazione, ai voti che ogni membro ha raccolto dall'adunanza dei creditori all'epoca della nomina della delegazione: quindi sembra conveniente notare, che siccome il legislatore ha lasciato alla delegazione la libertà di eleggere nel proprio seno, con votazione, il proprio presidente, doveva la stessa libertà concedere per la elezione del vice-presidente; tanto più che la disposizione contenuta in questo quarto alinea dell'articolo 724, si riconnette direttamente al caso in cui non essendo stato eletto dalla delegazione il proprio presidente, questa carica competa di diritto a quello fra i membri eletto col maggior numero di voti, secondo dispone dell'articolo in esame il terzo alinea: a parer nostro lo stesso sistema seguìto per la nomina del presidente doveva essere prescritto per la nomina del vicepresidente, adottando il sistema dell'elezione, sia quello della devoluzione di diritto della carica a chi raccolse maggior numero

(1) Cfr. Autori citati sia italiani che stranieri.

di voti. Va, però, data lode al legislatore dell'aver evitato per la scelta a vice-presidente un inconveniente a cui non si diede peso alcuno per la scelta del presidente, qualora esso debba essere chi ebbe il maggior numero di voti: perchè come può verificarsi parità di voti ottenuti, quando si tratta di eleggere il vice-presidente, ed allora, fra i due od i tre membri che si trovano in questa condizione, si preferisce il più anziano d'età, così verificandosi lo stesso concorso per la nomina a presidente doveva logicamente presentarsi al legislatore la identica disposizione; invece il caso sembra non essere apparso alla mente del legislatore e per ciò esiste la lacuna: crediamo, tuttavia, che, per analogia, debba estendersi al caso della elezione a presidente la disposizione sancita riguardo al vice-presidente. Quali saranno le funzioni del vice-presidente? la sua funzione sarà completa così come quella del presidente? la delegazione funzionerà, delibererà egualmente e come se intervenissero tutti i membri di cui si compone ed anche il presidente, quindi?

Il dubbio che si cela sotto queste domande non è della più facile soluzione; anzi sembra a noi che si presenti pressochè insolubile. Il legislatore italiano non ha sancita la più piccola ed insignificante disposizione riguardo al modo delle votazioni quando tutti i membri della delegazione non intervengano alle deliberazioni che questa prende. Siccome non si può supporre che il legislatore abbia inteso che la delegazione non possa funzionare se non quando intervengono tutti i suoi membri e quindi le sue mansioni s'arrestino se uno o più di essi manchino, si deve venire alla conclusione che la delegazione, per quanto diminuita numericamente, all'atto delle deliberazioni sue funzioni sempre e legalmente. La legge tedesca invece dà una norma sicura in simile caso (1) e come osserva il Wilmowski (2), qualunque sia il numero dei membri di cui si compone la delegazione di sorveglianza se alle deliberazioni interviene la maggioranza assoluta di essi, e le deliberazioni sono approvate dalla maggioranza assoluta degli intervenuti, esse sono valide: per tal guisa è tolto ogni inconveniente ed è assicurato il continuo funzionamento della delegazione. Nella nostra legislazione, che richiede, per le deliberazioni, la maggioranza assoluta di voti compreso il voto del presidente, non vi è la più remota idea di una disposizione analoga a quella tedesca. La maggioranza assoluta di voti che si fonda e sulla disparità del numero dei membri della delegazione al suo completo, e sul diritto a votare accordato al presidente come membro, sparisce in massima parte e diventa più difficile a realizzare quando manchi uno dei membri e la disparità, tanto cara al legislatore italiano, venga meno. Ed invero quanto sarà facile che su quattro votanti, essendo impedito il presidente della delegazione ed uno dei membri funzionando da presidente, quanto sarà facile, ripetiamo, che metà dei voti si raccolgano in favore della deliberazione, mentre metà le si schierino contro! ed allora dove se ne è ita la maggioranza assoluta fondata sul voto del presidente? come sarà superato l'ostacolo nuovo che si presenta coi precisi caratteri della insormontabilità? Delle due l'una; o dare la preponderanza a quella metà di voti, siano in pro o siano contro la deliberazione, fra i quali è anche il voto del presidente; o passare ad una nuova deliberazione, tentando la sorte dei voti in altro campo. La prima soluzione è palesemente ingiusta perchè il presidente ha voto non come tale, ma come membro della delegazione, e quindi il suo voto non

(1) § 82: "Wenn in beschluss des Gläubigerausschusses ist gültig, genug die Mehrheit der Mitglieder und der Beschlussfassung theil genommen hat, und der Beschluss mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefass ist „.

(2) Deutsche Reichs-Konkurs ordnung, p. 327

può avere valore od intensità diversa dai voti degli altri membri, e quindi non si può far pesare nelle deliberazioni il voto del presidente in modo diverso dagli altri, potendo verificarsi il caso che il presidente, eletto dalla delegazione, sia quel membro di essa che è stato nominato dai creditori col minor numero di voti, e che, quindi dimostra di godere in più lieve misura la fiducia dei creditori, abbia poi, nell'ipotesi da noi fatta, il modo d'influire sugli interessi della massa del fallimento come se egli fosse l'interprete meglio designato degli intenti dei creditori; il che, per noi costituirebbe un abuso deplorevole. Nel secondo modo di soluzione, l'esito più sicuro ed immediato è quello di far perdere alla delegazione il suo carattere speciale, anzi di invertirlo in modo che questo organismo, che doveva servire di stimolo e di controllo alla amministrazione, finisce per diventarne un serio impaccio ed una fonte di ritardi e di danni sicuri agli interessi della massa patrimoniale del fallimento: poi, passando ad una nuova deliberazione non si evita l'inconveniente verificatosi nella precedente, potendo avvenire che la stessa eguaglianza controvertente di voti si porti sulla nuova deliberazione. Insomma, diciamo, a nostro avviso il caso che abbiamo supposto, e che non è improbabile nella pratica, si presenta colla caratteristica della insolubilità.

Il vice-presidente dovendo rappresentare per intero ed in tutte le sue funzioni il presidente di cui fa le veci, oltre che presiedere le adunanze della delegazione, può, quando lo creda opportuno, convocare la delegazione stessa; può sentire in ogni tempo il curatore ed anche il fallito; rappresenta la delegazione dei creditori nelle sue relazioni col curatore, col giudice delegato e col tribunale. E ben si comprende che tale debba essere la funzione del vice-presidente, non tanto perchè il surrogante, in tesi generale, acquista tutti i diritti e tutti gli obblighi del surrogato quanto perchè se alcuno di questi uffici non fosse accordato al vice-presidente, sarebbe inevitabile un imperfetto funzionare de a delegazione dei creditori, e sarebbe quindi frustrato lo scopo a raggiungere il quale fu dal legislatore istituita.

145. *La maggioranza assoluta di voti nelle deliberazioni della delegazione.* — Il legislatore commerciale ricorre al Codice di procedura civile per ciò che concerne il modo con cui sono regolate e condotte le votazioni della delegazione dei creditori. Le deliberazioni della delegazione sono prese a maggioranza assoluta di voti, secondo le disposizioni del Codice di procedura civile all'articolo 359: quali sono e come applicabili a questo caso le disposizioni dell'articolo 359 Codice di procedura civile? L'articolo a cui ricorre il legislatore commerciale è inserito nel Codice di procedura civile, al libro I, titolo IV, sezione X " Delle sentenze e delle ordinanze „ § I " Della pronunciazione e della forma delle sentenze e delle ordinanze „. Secondo questo articolo, le sentenze si formano a maggioranza assoluta di voti. Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata; e così di seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente. Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza. Il legislatore commerciale si è riferito a queste disposizioni della procedura civile che trattano delle sentenze e della loro pronunciazione, senza riflettere e ponderare, che mai si verifica nè può verificarsi il caso che i giudici civili o le autorità giudiziarie chiamate a pronunziare come tali una sentenza, seggano in numero

pari: giacchè o l'autorità giusdicente è unica come il pretore, od è costituita da tre, o da cinque, o da sette, dei quali membri uno sempre è presidente, a seconda dei gradi del giudizio; in questa guisa si comprende come il legislatore della procedura civile non abbia studiato il caso della parità controvertente di voti, non potendosi verificare altro che una maggioranza in un senso o nell'altro, la quale però non raccolga quel numero di voti richiesto perchè si possa parlare di maggioranza assoluta: quindi, se il legislatore riferendosi al Codice di procedura civile ed al suo articolo 359 per risolvere i conflitti di votazione che potessero verificarsi nelle deliberazioni della delegazione, ha creduto di porgere la soluzione precisa e costante di tutte le controversie, è incorso in un grave errore ed è stato giuoco di una non lieve illusione. Quando abbiamo un collegio di persone giudicanti o deliberanti intorno ad un determinato argomento, e questo collegio è costituito in numero impari di membri, non può mai verificarsi che due opinioni contrarie accolgano parità di voti, perchè una di esse deve necessariamente avere per lo meno un voto in più dell'altra, e quindi raccogliere quella maggioranza di cui parlano l'articolo 724 del Codice di commercio e l'articolo 359 del Codice di procedura civile; ed il legislatore commerciale ha data la soluzione del caso che si può presentare quando la delegazione dei creditori segga completa, ossia nel numero di membri eletti dall'adunanza dei creditori. Ma se questo numero, che è sempre dispari, non sia raccolto e la delegazione debba deliberare ugualmente, eccettuato il caso in cui si verifichi subito la maggioranza assoluta in favore della deliberazione posta all'esame della riunita delegazione, allora tutti gli altri casi che possono presentarsi, non hanno modo d'essere risolti dalle disposizioni del Codice di procedura civile all'articolo cui si riferisce il legislatore del Codice di commercio. Il Codice dice che quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una: ma quando invece le opinioni sono due ed ambedue raccolgono lo stesso numero di voti, come si possono mettere alla nuova votazione le due opinioni, sperando che si raccolgano su una di esse più voti che sull'altra? Chi ha votato in favore la prima volta, voterà in favore la seconda, ed ugualmente chi votò contro si opporrà alla deliberazione nella seconda votazione, sicchè la nuova votazione non avrà approdato a nulla. Si potrà cambiare la deliberazione, darle una forma diversa, chiedere a quelli che la osteggiano che propongano, *in uno stans pede*, le modificazioni che, a loro criterio, devono arrecarsi alla deliberazione, oppure che propongano *ex integro* una nuova deliberazione; ma non si potranno mai applicare al caso in cui i membri della delegazione, per l'assenza di uno fra essi o del presidente, non possano *tutti* intervenire alle adunanze della delegazione, e quindi siano in numero pari, le disposizioni dell'articolo 359 del Codice di procedura civile; il quale sta in quanto è fondato sulla costante della necessaria disparità del numero dei membri del collegio giudicante. Noi quindi consideriamo come di valore assai limitato la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 724 Codice di commercio.

—

Art. 725.

La delegazione dei creditori deve radunarsi almeno due volte al mese, ma il presidente può convocarla qualunque volta lo stimi opportuno.

Sommario.

146. *Adunanze della delegazione obbligatorie.*
147. *Adunanze della delegazione facoltative.*

146. *Adunanze della delegazione obbligatorie.* — Per assicurare i creditori che la tutela dei loro interessi, la sorveglianza sull'amministrazione e il controllo alle operazioni gerite dal curatore saranno effettivamente esercitate, il legislatore ha stabilito che la delegazione dei creditori debba adunarsi, sotto la presidenza del presidente eletto o del vice-presidente, almeno due volte al mese. Evidentemente, in queste due adunanze la delegazione prende atto dell'adempimento degli incarichi speciali eventualmente affidati ai singoli membri; delibera sulle provvisioni a prendersi per il regolare funzionamento della amministrazione, ed in complesso adempie a tutte quelle speciali funzioni che ad essa sono dalla legge devolute. La delegazione dei creditori, per quanto obbligata dalla legge a radunarsi due volte al mese, non si raduna così ad arbitrio di questo o quel membro e con immediata successione delle due sedute che la legge le impone. Chi indice le adunanze obbligatorie della delegazione, è il presidente, al quale è assicurato, per analogia, tale diritto, dalla disposizione dello stesso articolo 725, che gli accorda la facoltà di convocare, sempre quando lo creda opportuno, la delegazione. Il presidente adunque convocherà i membri a domicilio, mediante avviso trasmesso a loro coi mezzi stabiliti dall'articolo 78 del regolamento per la esecuzione del Codice di commercio, riguardo alla comunicazione della loro nomina fatta dal curatore ai membri della delegazione di sorveglianza. Qui si presenta una domanda; dovranno, cioè, i delegati rispondere sempre all'invito loro diretto dal presidente o potranno non tenerne conto? È certo che rimane loro obbligo imprescindibile, quando assumono l'ufficio di delegati alla sorveglianza del fallimento, di sobbarcarsi a tutte quelle particolari bisogne che sono funzioni della delegazione stessa; quindi, siccome è obbligo, fatto espressamente dalla legge alla delegazione, di riunirsi due volte almeno cadun mese, i delegati devono assolutamente intervenire a queste due riunioni della delegazione, salvo legittimo impedimento. È però certo che nessuna misura commina la legge contro l'eventuale mancanza dei membri; nè si parla di revoca, nè di surrogazione, nè di alcun'altra misura che valga a rimediare in qualche guisa alla indisciplinatezza dei membri ed alla loro neghittosità; neppure si ha come rimedio estremo, salvo le disposizioni su ciò dell'articolo 729, che a suo tempo esamineremo, e che può sembrare contrario a ciò che qui si dice, la rielezione fatta di tutta la delegazione dall'adunanza dei creditori a quest'uopo indetta; giacchè si è visto, nella disamina dell'art. 723, che i creditori non possono radunarsi perciò, che all'epoca dell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti; e, siccome l'autorità giudiziaria non ha uno espresso diritto di nominare essa la delegazione, così rimane escluso che essa possa pronunziarne la decadenza motivandosi sopra gli inadempiti obblighi. Tuttavia crediamo che, non ostante l'ostinato silenzio in questo punto della legge, debbasi risolvere la questione proposta in questo modo; cioè, ricorrendo al criterio che domina tutta la materia del fallimento, e che fu delineato all'accennato art. 729, criterio che ci mostra essere sempre preponderante l'interesse ed il diritto dei creditori; quindi, se la delegazione non adempia all'ufficio suo, spettare all'adunanza dei creditori di pronunciarne la decadenza, passando contem-

poraneamente alla elezione di una nuova delegazione (art. 729) o quanto meno di quei membri che sono proclamati decaduti dalla carica.

Qui si presenta un'altra questione: dato, cioè, che la delegazione si componga di cinque membri, e di essi due non intervengano mai alle sedute, dovranno essi ritenersi *pleno jure* decaduti dallo ufficio, e funzionerà la delegazione così come se originariamente fosse stata eletta in tre soli membri? Noi crediamo che si possa rispondere alla nostra questione, essere importante alla economia del fallimento che esista e funzioni una delegazione di sorveglianza in un numero dispari di membri, ma non essere invece importante, per le stesse cause, che tale numero sia di tre meglio che di cinque; onde la delegazione, che per l'incuria di due suoi membri sia ridotta all'effettivo lavoro dei tre rimanenti, funzionerà ugualmente ed in pieno diritto escludendo i membri che essi stessi con la loro ignavia dettero prova di non interessarsi all'ufficio di cui erano stati rivestiti. Quanto al momento, all'epoca in cui devono verificarsi le due mensili riunioni obbligatorie della delegazione, questo è lasciato libero al criterio del presidente, il quale certo non riunirà, con immediata successione, due volte nello stesso mese la delegazione, tanto per adempiere all'obbligo fattogli espressamente dalla legge; ma, tra l'una e l'altra riunione interporrà tanto tempo, sì che, osservata la regola stabilita dal legislatore, possa la delegazione valersi utilmente delle cognizioni, notizie sul fallimento, schiarimenti assunti o posseduti dai singoli membri, in modo da adempire con il vantaggio più grande della massa dei creditori alle sue funzioni di sorveglianza.

147. *Adunanze della delegazione facoltative.* — Per quanto possano sembrare stabilite in numero sufficiente, per gli interessi dell'amministrazione del fallimento, le adunanze obbligatorie della delegazione di sorveglianza, tuttavia il legislatore, nello intento di assicurare la massima libertà di azione al comitato di sorveglianza, e per facilitargli lo adempimento del suo ufficio, ha rimesso in facoltà del presidente di convocare la delegazione tanto frequentemente quanto egli possa ritenerlo utile al buon andamento della amministrazione. Queste adunanze indette dal presidente in forza della facoltà accordatagli dal legislatore, dipendono, ben s'intende, più dall'accordo dei membri della delegazione favorevole ad una maggior frequenza che dalla autorità del presidente; il quale non potrà mai in modo alcuno, anche indirettamente, obbligare i membri della delegazione a radunarsi quando ciò ad essi non sembri opportuno. Ed è questa la più essenziale differenza che interceda fra le adunanze obbligatorie e le adunanze facoltative della delegazione: così nessuna di queste ipotesi che abbiamo fatto circa il dovere dei membri della delegazione di fronte alle adunanze obbligatorie di questa, può sollevarsi circa le adunanze facoltative. Ciò nullameno tutti i provvedimenti, presi nelle adunanze facoltative, sono ugualmente validi che quelli presi nelle obbligatorie; e la ragione ne è evidente quando si consideri che viene perfezionato lo intento del legislatore che concesse al presidente della delegazione le facoltative adunanze di questa, quando, oltre la effettiva adunanza, venga preso alcun provvedimento; questo manifesta e comprova la necessità di quell'adunanza che lo ha fruttificato. Neppure è necessario avvertire che le deliberazioni prese nelle adunanze facoltative vanno soggette, per riguardo alla votazione che vi si faccia alle stesse prescrizioni che si devono osservare per le deliberazioni prese nelle adunanze obbligatorie; e cioè a quel sistema di votazione stabilito dall'articolo 359 del Codice di procedura civile, a cui si riferisce l'articolo 724 ultimo comma Codice di commercio.

Art. 726.

Ciascuno dei membri della delegazione dei creditori ha facoltà illimitata di esaminare i registri e le carte riguardanti l'amministrazione del fallimento.

La delegazione, ed anche il solo presidente, ha diritto di sentire in ogni tempo il curatore e il fallito; ha pure il diritto di chiedere i provvedimenti che reputa opportuni all'interesse della massa, ed anche la rivocazione del curatore.

Sommario.

148. *Diritti comuni a tutti i membri della delegazione come tali.*
149. *Diritti particolari della delegazione e del presidente.*
150. *Funzioni generali della delegazione di sorveglianza.*

148. *Diritti comuni a tutti i membri della delegazione come tali.* — Siano o no i membri della delegazione di sorveglianza incaricati del disimpegno di un affare o di un dovere speciale, è ognuno di essi in diritto di esaminare senza limiti di tempo o di modo le carte ed i registri riguardanti l'amministrazione del fallimento. Si addimostra logica tale disposizione solo che si consideri lo scopo per cui la delegazione dei creditori è istituita e la qualità delle funzioni che è incaricata di disimpegnare (1). Solo accordando ai membri della delegazione questo diritto di ispezione, si poteva avvalorare e rendere effettiva ed efficace la sorveglianza che la delegazione, come organismo, deve esercitare sull'andamento dell'amministrazione. Dall'esercizio di questo diritto attingono, i membri della delegazione, quelle notizie e quei lumi necessari a tutelare e salvaguardare l'interesse della massa dei creditori; così possono nelle adunanze della delegazione proporre e sostenere quei provvedimenti che sono stimati necessaria cautela per la buona amministrazione e rendersi ragione delle varie operazioni che il curatore può fare nella sua gestione. Il legislatore ha espressamente sancito la illimitazione di questo diritto di ispezione: e tale illimitazione non si può intendere ad altro riferita che al tempo ed al modo di esercitare il diritto. Riguardo al tempo cioè che in qualunque momento, in qualunque stadio della procedura del fallimento possano i membri rilevare se l'amministrazione procede regolarmente; in riguardo al modo, cioè, che nessun sistema di ispezione possa essere loro imposto dal curatore o da chi altri interessato, per evitare la captazione che può celarsi sotto quel modo determinato, più che un altro gradito a quegli verso cui si esercita il controllo della delegazione di sorveglianza. Quando dall'ispezione fatta da alcuno dei membri del comitato di sorveglianza alle carte od ai registri dell'amministrazione risulti qualche irregolarità, è evidente che quel delegato che ha scoperto la irregolarità è tenuto senz'altro a darne avviso al presidente della delegazione, il quale dovrà convocare la delegazione per deliberare sulle misure e sui provvedimenti a prendersi.

(1) La legge tedesca contiene su ciò queste disposizioni:

§ 80: " Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter zu seiner, geschäftsführung zu unterstützen und zu übel wachen. Dieselben können sich son dem Ganze der Geschäfte unterrichten, die Bücher un Schriften, des Verwalters einschen und dem Bestand seiner keine untersuchen.

149. *Diritti particolari della delegazione e del presidente.* — Sempre nello intento di rendere efficace la funzione della delegazione di sorveglianza, il legislatore accorda alla delegazione il diritto di sentire in ogni tempo il curatore e il fallito, e di chiedere i provvedimenti che reputa opportuni all'interesse della massa ed anche la rivocazione del curatore. Al presidente poi, come tale, accorda pure il diritto di sentire *suo jure* il curatore ed il fallito.

Il Vidari (1), sulla facoltà che compete alla delegazione di esaminare registri e carte dell'amministrazione, facoltà concessa illimitatamente ai singoli membri della delegazione, trova, e forse giustamente, eccessivo tale diritto accordato ai singoli quando può invece bastare, allo scopo della sorveglianza, lo stesso diritto concesso alla delegazione come organismo. A noi per vero non è dato riconoscere l'eccessività di cui parla l'illustre commercialista, giacchè i soprusi che egli teme da parte dei singoli delegati, se pure hanno probabilità di avverarsi, trovansi subito tolti dalla necessità dell'intervento della intera delegazione per qualsiasi deliberazione o provvedimenti a prendersi.

Come organismo che rappresenta la massa dei creditori è garantito alla delegazione di sorveglianza il diritto di chiedere quei provvedimenti che sieno ritenuti opportuni all'interesse della massa: fra i quali provvedimenti merita speciale menzione la domanda di revoca del curatore. I provvedimenti vengono deliberati nella adunanza della delegazione e votati come è stabilito dall'art. 724, poi dal presidente della delegazione che è, come si vide, il suo legittimo rappresentante, proposti alla autorità giudiziaria, al giudice delegato. Nessun provvedimento può essere proposto dalla delegazione senza il tramite del presidente, e nessuno dei membri della delegazione, anche se incaricato del disimpegno di uno speciale affare o dell'adempimento di un determinato dovere, può presentare proposte di provvedimenti interessanti massa, di suo arbitrio senza sottoporli alla delegazione. La facoltà di sentire in ogni tempo il curatore ed il fallito, concessa alla delegazione di sorveglianza, può ritenersi coordinata, perciò che riguarda il diitto di domandare la rivocazione del curatore, alla disposizione dell'art. 720, già esaminato, in forza della quale il tribunale può in ogni tempo, anche d'ufficio, sentenziare la revoca del curatore. Il curatore così deve, sulla domanda della delegazione, dare quelle notizie e rendere quei conti e quelle giustificazioni in vista di cui la delegazione lo ha eventualmente chiamato.

150. *Funzioni generali della delegazione di sorveglianza.* — Nella trattazione della materia che riguarda la procedura del fallimento troveremo occasione di dilucidare ampiamente le diverse funzioni che sono devolute alla delegazione di sorveglianza. Ora ci accontentiamo di darne un cenno generale per fissare più che altro i limiti entro cui tali funzioni trovano svolgimento. Non v'ha bisogno di avvertire che la delegazione come organismo, non meno che i singoli membri, sono mandatari e che quindi a loro è fatto l'obbligo generico comune a tutti i gestori d'affari altrui, di adempire al proprio ufficio colla diligenza di un buon padre di famiglia. La legge tedesca ha creduto opportuno di sancire espressamente quest'obbligo ai membri della delegazione al § 81; ma però tale prescrizione sta in quanto alla delegazione è accordata, dal § 83 della stessa legge, una ricompensa per l'ufficio prestato; dal che deriva che la delegazione e ciascuno dei suoi membri vi rispondono anche per la colpa lievissima a loro imputabile. Da noi si fece la questione della convenienza di retribuire i delegati; ma il nostro Codice

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 347, § 4531.

non contiene alcuna disposizione sul riguardo. Il Vidari risolve tale questione, distinguendo se come condizione della loro accettazione i delegati hanno preteso, e fu loro accordato alcun compenso, e se invece nessuna pretesa di questo genere fu elevata; e risponde affermativamente nel primo, negativamente nel secondo caso; noi accettiamo tale opinione.

Il mandato affidato alla delegazione si estingue nei modi ordinari con cui si estingue il mandato secondo l'articolo 1757 del Codice civile. Un dubbio forse può esservi riguardo alla rivocazione a cui sembra alludere l'articolo 729 del Codice di commercio: di ciò vedremo esaminando quest'articolo. La delegazione di sorveglianza è diretta a sorvegliare l'amministrazione (art. 713); può domandare che al curatore sia imposto l'obbligo di prestare cauzione (art. 721) e dà il suo parere circa l'ammontare della cauzione: può reclamare contro il rilascio fatto al fallito delle vesti, delle masserizie e dei mobili necessari a lui ed alla di lui famiglia (art. 735); interviene alla compilazione dell'inventario (articolo 741); prescrive al curatore definitivo le cautele necessarie nell'esazione dei crediti; è sentito il suo parere sull'opportunità di accordare al curatore coadiutori stipendiati; dà il suo parere sulla quantità dei soccorsi da assegnare al fallito e famiglia sull'ammontare dell'attivo; sull'ordine del giudice delegato interviene alla verificazione dei crediti (articoli 748-751-752-762); dà il suo parere circa l'autorizzazione da concedersi al curatore per transare su tutte le contestazioni che interessano la massa e per vendere le merci e le altre cose mobili; approva l'alienazione in massa dei mobili restanti e dei crediti non esatti; concede al curatore di vendere beni immobili a trattative private: interviene nelle domande di rivendicazione; dà il suo parere sull'opportunità di cessare il fallimento per insufficienza di attivo; può chiedere in ogni tempo al giudice delegato la convocazione dei creditori per una proposta di concordato (art. 797 ad 800, 807, 817, 831).

—

SEZIONE III.

DEL GIUDICE DELEGATO.

Art. 727.

Il giudice delegato è specialmente incaricato di dirigere e sollecitare tutte le operazioni del fallimento.

Egli ordina i provvedimenti urgenti che occorrono per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa; nomina, a proposta del curatore, gli avvocati, i procuratori, i notari, gli uscieri, i periti, i mediatori e i custodi, l'opera dei quali dev'essere impiegata per ciascun affare del fallimento; liquida le spese, i compensi e le indennità che devono ai suddetti pagarsi; convoca i creditori qualunque volta lo ritenga opportuno; fa relazione al tribunale delle contestazioni che sorgono dal fallimento e che sono di competenza commerciale; e può proporre, anche d' ufficio, larivocazione del curatore.

Il tribunale può in ogni tempo surrogare al giudice delegato un altro giudice.

Sommario.

151. *Chi è e chi rappresenta il giudice delegato.*
152. *Autorità ed indipendenza del giudice delegato.*
153. *Suoi uffici.*
154. *Sua surrogazione.*

151. *Chi è e chi rappresenta il giudice delegato.* — Dichiarato il fallimento del commerciante l'autorità giudiziaria, che ha pronunziata la sentenza dichiarativa del fallimento, nomina il giudice, delegato alla procedura del fallimento. Così il primo numero dell'art. 691 Codice di commercio.

Il principio, a cui si inspirò il patrio legislatore nel sancire la nomina e l'attribuzione degli uffici particolari del giudice delegato, è quello della necessità di sindacare se, nelle controversie del fallimento e nella relativa procedura, vi sia alcun che di illegale, si proceda con malizie od artifizi colpevoli; il fallito stesso non abbia dolosamente provocato quel rovescio di fortuna, o con intenzione diretta di frodare i suoi creditori e di procurarsi un illecito lucro, presagendo la fallita abbia provveduto a sottrarre una parte di beni ai diritti dei creditori, o, infine, non abbia tenuto i libri commerciali secondo quelle norme che la legge di commercio stabilisce. " Nel consorzio d'interessi involti nel fallimento, dicono gli *Atti della Commissione del* 1869 per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio " l'interesse generale della legge e della società, la condizione dei deboli e degli assenti, la difesa dei diritti della minoranza, contro le esorbitanze della maggioranza, l'ordine pubblico e il principio di eguaglianza nei vantaggi e nelle perdite, abbisognano di una protezione speciale, che viene esercitata dal tribunale col mezzo del giudice delegato „ (1). Dunque, il giudice delegato altri non è che il rappresentante dell'autorità giudiziaria, la quale lo delega alla procedura del fallimento, coll'ufficio speciale di sorvegliare la legalità di tutta quella procedura non solo, ma anche di provvedere, in base ai verificati o temuti inconvenienti, alla rapidità della procedura ed alla sicurezza e conservazione dei beni della massa. Vediamo da questa e dalle disposizioni della legge come quasi si sdoppi la figura e la funzione del giudice delegato.

L'essere nominato espressamente per un ufficio di sorveglianza e direzione dall'autorità giudiziaria, all'infuori di qualsiasi intervento delle altre persone o degli altri organismi interessati nella economia del fallimento, dà al giudice delegato il carattere e la figura giuridica di un mandatario giudiziale, che, quindi, rappresenta chi dell'ufficio e delle funzioni dal mandato derivanti lo investì. Ma, nell'ambito delle funzioni così attribuite a questo giudiziale rappresentante degli interessi generali della società, s'aggirano, pur tuttavia, alcune funzioni speciali, le quali per loro natura sfuggirebbero alla autorità del giudice delegato e si ricovererebbero fra quelle funzioni spettanti ad altra persona pure mandataria negli interessi della procedura del fallimento, al curatore. Se il giudice delegato rappresenta, come non nasce dubbio, l'interesse generale della legge e della società, ha una funzione lontanissima da ciò che sia l'amministrazione del fallimento, alla quale è particolarmente preposto il curatore: anzi si deve dire, che nessun ufficio amministrativo è demandato al giudice delegato.

(1) Tornata 4 febbraio 1872 - Verbale 794.

Pare, invece, che il legislatore abbia sconfinato da quel limite che la figura giuridica del giudice delegato imponeva alle costui funzioni, accordandogli il diritto e attribuendogli l'obbligo di ordinare quei provvedimenti urgenti che occorrono per la conservazione dei beni della massa. Ora, l'immischiarsi in ciò che concerne la conservazione dei beni patrimoniali della massa dei creditori, non è più un atto di giudiziale sorveglianza, ma di vera amministrazione, perchè la conservazione di un patrimonio, e, nel caso nostro, del patrimonio del fallito devoluto alla massa dei creditori, è funzione amministrativa, come quella che consta di tutti quegli atti, quei provvedimenti urgenti o meno, che valgono ad allontanare dal patrimonio amministrato ogni diminuzione economica, ogni lesione dei diritti che al patrimonio sono inerenti. E la legge non dice già che tra il curatore, che è il vero amministratore di fatto e di diritto, o tra la delegazione dei creditori, a cui è singolarmente affidata la sorveglianza dell'andamento economico dell'amministrazione, e il giudice delegato debba intervenire un accordo qualsiasi, un abboccamento, uno scambio di vedute, circa la urgenza e la qualità dei provvedimenti da prendersi; ma assegna al giudice delegato una vera e propria indipendenza, che, in questo caso, si trasforma in supremazia sugli altri organismi amministrativi, di cui egli fa parte, anche per ciò che riguardi atti i quali, logicamente, dovrebbero intendersi riserbati al curatore.

L'articolo 713, che più addietro abbiamo esaminato, costituendo l'organismo amministrativo della massa patrimoniale, enumera i membri che compongono quest'organismo e dice che " l'amministrazione del fallimento è esercitata da un curatore nominato dal tribunale..... „ e " .... si propone la conservazione..... dei beni del fallito..... „: alla delegazione dei creditori ed al giudice delegato è assegnata, alla prima una funzione di sorveglianza, al secondo una funzione direttiva, sulla amministrazione stessa. Dunque l'articolo 713, che è il capo saldo delle sanzioni e delle disposizioni di legge risguardanti l'amministrazione del fallimento, non si lega in un rapporto logico, conseguente e giustificato con la disposizione dell'articolo 727; ed è veramente maraviglioso come il patrio legislatore, in più che quattro lustri di studi, sia riuscito a fissare un cardine per il funzionamento di tutto intero l'organismo amministrativo del fallimento, per poi non servirsene affatto e sancire via via disposizioni nella stessa materia che l'una l'altra si elidono o si urtano. Come ha introdotto il curatore a proporre la scelta e la nomina delle persone la cui opera può, per varie cause ed in vario modo, essere usufruita nella amministrazione e nella procedura del fallimento, così la logica reclamava che il curatore fosse pure chiamato a proporre quegli urgenti provvedimenti che occorrano per la sicurezza e conservazione dei beni della massa.

Abbandonando una critica che, per quanto giusta, certo ormai pecca di oziosità, e rifacendoci ad una più stretta considerazione della personalità del giudice delegato, vi si scopre che egli è il rappresentante di altro rappresentante; la sua rappresentanza è una delegazione d'ufficio; e chi lo delega a ciò e che egli rappresenta, non è già la società e la legge per l'interesse generale, checchè ne dica nel brano riferito la Commissione per gli studi preparatori, ma è il tribunale. Al tribunale, all'autorità giudiziaria, ufficialmente sedente, nella quale si raccolgono l'alta missione e l'alto ufficio di applicare la legge, di garantirne l'osservanza, di evitare o colpire gli sviamenti e gli abusi, la società, e il legislatore per essa, ha affidato nell'interesse generale quell'ufficio di sorveglianza e di direzione che qui si esamina: ma siccome difficoltà sufficientemente rilevanti, inutile dispersione d'at-

tività altrimenti usufruibili (1), si sarebbero verificate qualora il tribunale intero avesse dovuto addirsi all'ufficio di cui parla l'articolo 727, si pensò di delegare ad una persona appartenente allo stesso tribunale la sorveglianza e la direzione di tutte le operazioni del fallimento; si deve *a posteriori* argomentare, che tale uffizio, per quanto nelle ordinarie attribuzioni tribunalizie compreso, è uno di quelli che si possono delegare, giacchè il legislatore stesso sancì questa facoltà in favore dell'autorità giudiziaria, da diritto anzi, per renderlo più efficace, transformandolo in imprescindibile obbligo. Ma la delegabilità che verte sull'ufficio di sorveglianza e direzione dell'amministrazione della fallita, si ferma nel primo delegato, e costui non può più spogliarsi di questo suo obbligo pel principio *delegatus non potest delegare;* deve egli stesso adempierlo con quella massima oculatezza di cui la sua qualità gli fa dovere. Ond'è che, strettamente ragionando, il giudice delegato rappresenta direttamente il tribunale, l'autorità giudiziaria nella procedura del fallimento e, per delegazione, la legge e la società, a salvaguardia dell'interesse generale. Tuttavia, non è a credersi, che la facoltà concessa al giudice delegato e la fattagli delegazione sieno tanto piene ed intere da renderlo solo arbitro, custode e vendicatore del buon diritto nella difficile procedura del fallimento; il giudice delegato se è indipendente nella semplice sorveglianza e direzione della procedura della fallita, non lo è più quando si tratta di dirimere controversie insorte tra creditori e curatore, tra fallito e curatore, tra fallito e creditori; allora cessa il suo ufficio di rappresentanza delegatizia, egli non è più in certo modo indipendente ne' suoi giudizi, ma si limita a provocare su quegli atti controversi, il giudizio competente del tribunale di cui egli è un'emanazione (2).

152. *Autorità ed indipendenza del giudice delegato.* — Rappresentante dell'autorità giudiziaria nella procedura del fallimento, il giudice delegato ha una vera autorità che si diffonde su tutta la complicata procedura e sull'organismo amministrativo ed economico del fallimento. Questa autorità si divide in due parti, si sdoppia in modo da assicurare al giudice delegato due diverse condizioni: l'una, che intercede come rapporto costante tra la massa dei creditori, il fallito e il curatore, intermediante il giudice delegato. Per causa del primo rapporto il giudice delegato è indipendente di fronte all'autorità giudiziaria, ed egli, come vero giusdicente, emana ordinanze le quali, solo eccezionalmente, sono soggette a richiami, e solamente quelle che la legge stessa indica in particolari norme (art. 910). Nel caso di richiami questi si portano, contro il giudice delegato, davanti al tribunale ad udienza fissa.

Qui cade acconcio considerare se contro il giudice delegato può dalla massa dei creditori, a ciò sola interessata ed in ciò sola competente, essere portata ricusazione. È certo che qui trattandosi di un'autorità giusdicente devono valere le norme ed i diritti sanciti dalla procedura civile negli articoli 116 e seguenti e 120 e seguenti. Vero è che il Codice di commercio il quale, come vedemmo discorrendo del curatore, ha fissato il diritto, e stabilitine i limiti, per cui si possa ricusare il curatore, non parla affatto del diritto di ricusare il giudice delegato. Ma questo silenzio può essere interpretato in due modi, ossia: in applicazione del dettato *quod legislator voluit dixit, quod noluit tacuit*, si verrebbe alla conclusione che il giudice delegato fu messo dalla legge commerciale in una condizione privilegiata; fu imposto alla massa dei creditori e questi devono accettarlo e subirlo, valendosi unicamente contro di lui di quella limitata

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 231, n. 267.

(2) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 350, § 4533; RENOUARD, op. cit., v. I, p. 410; BORSARI, op. cit., n. 1776

facoltà di richiamo che il legislatore commerciale accorda loro. La seconda soluzione del dubbio invece risulta favorevole ai creditori; e si argomenta così: il legislatore ha dovuto sancire specialmente il disposto che accorda la ricusabilità del curatore perchè nessuna norma nelle altre leggi codificate esisteva che contenesse alcuna disposizione a simile eventualità propizia: mentre di fronte al giudice delegato esisteva diggià una completa sanzione di legge che stabiliva la ricusabilità per regola; dunque è conservata tale regola, che il Codice di procedura civile stabilisce pel diritto comune, anche per il diritto commerciale nei casi in cui si presenti questa eventualità: se il legislatore, argomentando *ex contrario*, voleva innovare alcun che su questo punto, doveva sancire una eccezione alla regola comune, stabiliendo la non ricusabilità del giudice delegato; onde nel silenzio del legislatore permane la regola più ampia e più comune della ricusabilità (1).

L'articolo 727 dell'attuale Codice di commercio contiene le più estese disposizioni che vi sieno nei Codici di commercio vigenti in Europa: sola la legge Inglese 1884 sul fallimento è più estesa, ma essa statuisce norme particolari pel funzionamento delle " *Corti dei fallimenti* „ nelle diverse contee e nei varî centri commerciali ed industriali; distingue diverse specie di giudici nei fallimenti, i quali funzionano o individualmente o come collegio, a seconda delle circostanze; fa poi un'altra distinzione fra i giudizi di stretto diritto e quelli di equità (alla guisa della procedura civile romana che distingueva le *actiones stricti juris* dalle *actiones bonae fidei*): in complesso la legge inglese è troppo complicata e particolare alle condizioni di quel popolo perchè si possa portare come esempio da imitarsi.

Il Codice del 1865 all'articolo 559 parlando del giudice delegato stabiliva che " Il giudice delegato deve specialmente accelerare e vegliare le operazioni e l'amministrazione del fallimento. Egli fa relazione al tribunale delle contestazioni che sorgono dal fallimento e che sono di competenza commerciale „. Il Codice francese all'articolo 452 contiene le identiche disposizioni, e così pure l'articolo 462 del Codice belga, l'articolo 809 del Codice brasiliano, l'articolo 1549 del Codice argentino, l'art. 162 del Codice musulmano, l'articolo 243 del Codice egiziano.

Come si vede, il giudice delegato nella precedente legislazione aveva funzioni limitatissime e, sopratutto, non gli era assegnato alcun incarico particolare che gli desse indipendenza di fronte all'autorità giudiziaria che lo delegava. Il legislatore del 1882 considerando troppo limitate e dubbiose le facoltà concesse al giudice delegato, credette " pur necessario che gli sia espressamente attribuita la facoltà di ordinare i provvedimenti urgenti che occorrono per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa, e di convocare i creditori ogniqualvolta lo ritenga opportuno „ (2). Da qui nasce quella specie d'indipendenza e di autorità propria che abbiamo diggià accennato. Perchè il giudice delegato è specialmente incaricato di dirigere e sorvegliare tutte le operazioni del fallimento, se in questa sua funzione, che abbraccia tutta intera la procedura della fallita, si presentano divergenze le quali possano essere risolte dalla di lui autorità, il giudice delegato può liberamente prendere quel provvedimento che egli reputa necessario. Ma qui urtiamo tosto in una specie di limite che il legislatore impone alla facoltà concessa al giudice delegato per prendere provvedimenti che occorrano per la sicurezza e conservazione dei beni della massa; difatti, non si dice all'articolo 727, comma secondo, che il giu-

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 351, § 4534, in favore.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 4 febbraio 1872 - Verbale 774.

dice delegato possa ordinare quei qualunque provvedimenti ch'ei ritenga necessari, ma invece egli ordina solamente i provvedimenti *urgenti*. Qui si presenta subito una domanda: quali sono questi provvedimenti che la legge chiama urgenti? L'urgenza di un fatto è data dalla imminenza del suo evento; quindi l'urgenza di un provvedimento non può altro essere che una riflessione dell'imminenza del fatto che è destinato a regolare; per il che sarà urgente quel provvedimento il quale non immediatamente preso recherebbe un danno alla sicurezza e conservazione dei beni della massa. Se non che lo stesso comma dell'articolo 727, in sul fine, dice che il giudice delegato fa relazione al tribunale delle contestazioni che sorgono dal fallimento e che sono di competenza commerciale; questa disposizione, tolta per intero dal cessato Codice all'articolo 559, si trova, a nostro vedere, un po' in contrasto colla facoltà di ordinare provvedimenti urgenti accordata al giudice delegato, facoltà che è una innovazione portata dal Codice del 1882: se avvenga che una contestazione sôrta dal fallimento e di competenza commerciale, per la sicurezza e la conservazione della massa dei beni necessiti un provvedimento immediato, quale linea di condotta dovrà seguire il giudice delegato? L'urgenza del provvedimento sembra che lo autorizzi ad ordinarlo di suo moto senza ricorrere al tribunale; l'essere di competenza commerciale sembra che lo obblighi invece a fare la relazione al tribunale come gli è prescritto. Tuttavia, considerando che è di maggior momento la conservazione e la sicurezza materiale dei beni della massa, che non la relazione fatta al tribunale della contestazione sôrta dal fallimento e che minaccia la massa dei beni, riteniamo che il giudice delegato debba, anche nel caso contemplato dal penultimo inciso dell'articolo 727, prendere senz'altro quel provvedimento che ritenga utile o necessario, salvo però il fare, contemporaneamente o posteriormente all'emessa ordinanza del provvedimento, la dovuta relazione al tribunale commerciale competente.

Di propria autorità ed indipendentemente dagli altri organismi che sono introdotti nell'amministrazione del fallimento, il giudice delegato liquida le spese, i compensi e le indennità che devono pagarsi a quelle persone che egli, su proposta del curatore, ha chiamate a prestare l'opera loro in servigio del fallimento; codeste persone, qualora non intendano per qualsivoglia ragione accettare la liquidazione del compenso a loro dovuto o dell'onorario da loro preteso, fatta dal giudice delegato, potranno valersi delle azioni concesse in simili casi dal diritto civile, non contro i singoli creditori del fallito, ma contro la massa dei creditori, e però potranno e dovranno chiamare in giudizio il curatore del fallimento, che è il vero amministratore della massa dei beni. Tale questione fu sollevata in Francia e risolta nel senso suesposto (1).

Il giudice delegato convoca i creditori ogniqualvolta lo ritenga opportuno: e in tale convocazione seguirà le norme dalla legge precisamente stabilite; così al giudice delegato è concessa una facoltà di fronte ai creditori, quale quella concessa al presidente della delegazione dei creditori di fronte ai membri di questa (art. 726); tuttavia, a differenza di ciò che è prescritto pella delegazione dei creditori, che, cioè, deve radunarsi almeno due volte al mese, pei creditori non è fissato alcun limite minimo alla facoltà di convocarli. Abbiamo visto nel commento all'art. 726 che il presidente della delegazione dei creditori, ed anche tutt'intera la delegazione, ha diritto di proporre e di chiedere quei provvedimenti che reputi opportuni all'interesse della massa, come pure la rivoca-

(1) BOULAY-PATY, op. cit., n. 413.

zione del creditore; dippiù il presidente della delegazione rappresenta questa nei rapporti col giudice delegato. Ora il giudice delegato nelle facoltà che gli accorda l'articolo 727 combina con le facoltà concesse dall'articolo 726 alla delegazione dei creditori ed al suo presidente; e come il giudice delegato trova nella facoltà di prendere i provvedimenti urgenti, che occorrono per la conservazione e la sicurezza dei beni della massa, il correlativo diritto della delegazione dei creditori e del suo presidente di chiedere i provvedimenti che reputa opportuni all'interesse della massa, così di fronte alla facoltà concessa al giudice delegato di proporre, anche d'ufficio, la rivocazione del curatore, trovasi la facoltà assicurata alla delegazione dei creditori ed al suo presidente di chiedere anche la rivocazione del curatore. Quindi, se il giudice delegato può di sua spontanea volontà ordinare gli urgenti provvedimenti e proporre la rivocazione del curatore, deve altresì accogliere e, se del caso, evadere favorevolmente, e farne relazione al tribunale, le domande della delegazione dei creditori o del suo presidente, rivolte ad ottenere provvedimenti opportuni all'interesse della massa, o la rivocazione del curatore.

Fin qui abbiamo veduto l'autorità e la indipendenza del giudice delegato a quali funzioni si connetta. Ora vediamo come l'autorità si scompagni dalla indipendenza. Il giudice delegato nomina, su proposta del curatore, gli avvocati, i procuratori, i notari, gli uscieri, i periti, i mediatori e i custodi, l'opera dei quali deve essere impiegata per ciascun affare del fallimento. Qui dunque non è più la manifestazione della preminente autorità del giudice delegato; ma invece ci troviamo di fronte alla manifestazione subordinata di tale autorità; il giudice delegato non può più *sua sponte* imporre all'amministrazione del fallimento questo o quel fatto, questo o quel provvedimento, questa o quella modalità di condotta; deve invece nominare e sanzionare coll'autorità che gli viene dal collegio che rappresenta, le persone e i fatti che vengono proposti o che derivano dalle facoltà concesse ad un'altra persona che entra nell'economia dell'organismo amministrativo; dal curatore. Il legislatore dice che il giudice delegato *nomina* (1), a proposta del curatore, le varie persone di cui poi viene parlando; dunque sembra che qui la facoltà concessa al giudice delegato si trasformi in un obbligo al quale non possa sottrarsi; invero, però, si deve credere che quest'obbligo, che tale è veramente, è tuttavia limitato alla accettabilità giuridica della proposta avanzata dal curatore; ossia, il giudice delegato neppure in questa condizione si spoglia di quell'alta autorità dirigente che gli è attribuita, ma soltanto in luogo di agire *ex sua voluntate*, attende che si chieda la propria approvazione e convalidazione a proposte che di diritto competono ad altra persona; nel caso, al curatore.

Da ultimo sfugge all'autorità propria del giudice delegato ogni contestazione che sorga dal fallimento e che sia di competenza commerciale: di queste contestazioni, di cui si è più sopra parlato, il giudice delegato è tenuto soltanto a farne relazione al tribunale.

153. *Suoi uffici.* — Oltre le attribuzioni specialmente e genericamente espresse come pertinenti al giudice delegato, nell'articolo che ora esaminiamo, gli sono dal Codice di commercio accordati altri diritti ed imposti altri obblighi, che noi succintamente esporremo.

(1) La Cassazione torinese in sentenza 31 dicembre 1884 ha deciso che la *nomina* delle persone indicate nel secondo inciso dell'articolo 727 è nulla e senza effetto se fatta da altri che non il giudice delegato; e ciò senza restrizione di sorta; sia quindi che gli affari da sbrigarsi da quelle persone siano relativi alla pretta liquidazione dell'attivo e del passivo del fallimento, sia che vertano su altra bisogna.

Deve provvedere, entro tre giorni, sulle istanze proposte contro qualche operazione del curatore e riferirne al tribunale (articolo 728); provvede alla surroga ed alla nomina dei membri della delegazione scaduti per qualsiasi motivo (articolo 729); ha autorità di sentire il fallito, i suoi commessi od impiegati e qualsiasi altra persona, per ciò che ha tratto con la formazione e la verificazione del bilancio, con le cause e le circostanze del fallimento, e deve trasmettere al procuratore del re quelle notizie che ha raccolte (art. 730); quando contro il fallito latitante fu staccato mandato di cattura, può chiedere al procuratore del re che provochi dal giudice penale competente un salvocondotto per il fallito; provvede nei casi di richiamo per parte del curatore o della delegazione dei creditori in causa di somministrazioni di vesti, masserizie od altro al fallito; può sentire il fallito quando è in istato d'arresto, sia d'ufficio che su domanda del curatore o della delegazione dei creditori; può autorizzare a trattenere od a farsi consegnare i libri di commercio posti sotto sigillo; può autorizzare alla consegna al curatore delle cambiali e degli altri titoli di credito da esigersi a breve scadenza o gravati da speciali modalità di procedura (articoli 731, 735, 737 a 739): nei casi di urgenza designa la persona idonea ad intervenire alla formazione dei bilanci, quando non sia ancora formata la delegazione dei creditori o non funzioni, o manchi un notaro o un creditore; quando creda che l'inventario dei beni del fallito possa compiersi in un sol giorno, può ordinare che vi si proceda immediatamente, ommessa l'apposizione dei sigilli; può rettificare e completare l'elenco dei creditori compilato dal fallito; può autorizzare il fallito, che si trova in istato d'arresto o pel quale non fu concesso salvocondotto, a presentarsi per mandatario all'esame e chiusura dei libri; delinea al curatore provvisorio quelle speciali cautele che deve seguire per esigere i crediti del fallito (articoli 740, 741, 744, 747, 748); autorizza il curatore ad alienare le cose del fallito soggette a deterioramento, prescrivendogli le forme, le condizioni e le cautele necessarie alla vendita; sentita la delegazione dei creditori può autorizzare il curatore a farsi coadiuvare, sotto sua responsabilità, da una o più persone da lui stipendiate, e può anche autorizzarlo a stipendiare e valersi dell'opera del fallito, fissandogli però, in questo caso le condizioni della prestazione d'opera del fallito; può concedere al fallito, per sè e sua famiglia, sull'attivo del fallimento, i necessari soccorsi e fissarne la misura su proposta del curatore, sentita la delegazione dei creditori (in questo caso la ordinanza del giudice delegato è soggetta a richiamo); emette ordinanza che autorizza il rilascio e il ritiro del danaro depositato per conto del fallimento; ha autorità di prolungare fino a tre mesi il periodo entro il quale il curatore deve presentare alla delegazione dei creditori il prospetto sommario della sua amministrazione e l'elenco dei depositi eseguiti; riceve dal curatore ogni tre mesi una succinta relazione delle principali cause e circostanze del fallimento ed un conto sommario dello stato apparente della massa; sorveglia che il curatore adempia a quest'obbligo e informa al caso il procuratore del re dei ritardi del curatore nell'adempimento di questo obbligo, trasmettendo pure al procuratore del re l'esposizione e il conto del curatore accompagnati dalle sue osservazioni; proroga per riguardo ai creditori esteri il termine per la verificazione dei loro crediti e per la chiusura del processo verbale di verificazione (articoli 750, 751, 752, 754 a 757, 759): verifica i crediti confrontando i titoli presentati coi libri e le carte del fallito; ordina l'intervento del curatore, della delegazione dei creditori e del fallito; può ordinare la comparizione personale del creditore od autorizzarlo a farsi rappresentare da un mandatario; prescrive la presentazione dei

libri di commercio del creditore o di un estratto di essi; e può sentire qualsiasi altra persona possa offrirgli notizie o schiarimenti; giustifica i crediti, ne fa annotazione sul processo verbale e sul margine dei titoli da cui derivano, indicando la somma per la quale il credito è ammesso; procede in contradditorio degli interessati all'esame di tutti i crediti ed anche di quelli già ammessi sui quali sorga contestazione; in caso di contestazione decide con una sola sentenza le controversie sui crediti commerciali che per valore non superino la competenza del pretore (1); se si tratta di crediti civili, qualunque sia la somma contestata, rimette ad udienza fissa le parti davanti al giudice civile del luogo ove è istituito il giudizio o davanti al pretore, secondo i casi (articoli 761 a 763); autorizza il curatore a riscattare a profitto del fallimento la cosa data in pegno, pagando il creditore (art. 772); autorizza la sospensione della vendita dei beni del fallimento; e convoca almeno una volta all'anno i creditori che abbiano deliberato di continuare la gestione del patrimonio commerciale del fallito; sentita la delegazione dei creditori, autorizza il curatore a transigere su tutte le contestazioni che interessano la massa; sentita la delegazione dei creditori, può autorizzare il curatore alla vendita delle merci ed altre cose mobili e determina il tempo e il modo della vendita (articoli 794, 797, 798): se al primo incanto non vi furono oblatori, permette la vendita degli immobili a partito privato; in caso di rivendicazione o di ritenzione di merci, può autorizzare il curatore a farsele consegnare pagandone al venditore il convenuto prezzo; giudica sulle domande di rivendicazione, quando non superino la competenza pretoria, e le rinvia al tribunale in caso contrario; può autorizzare la erogazione di somme di danaro per il pagamento di creditori con pegno od altro privilegio, se la costituzione del pegno o del privilegio fu ritenuta valida, ed ordina le ripartizioni dell'attivo; dà esecutorietà, con ordinanza, allo stato di ripartizione compilato dal curatore (articoli 800, 806, 807, 809, 810); in quei crediti in di cui favore venne prorogato il termine della verificazione, qualora non siano stati messi in bilancio per una data somma, o il creditore ne domandi una maggiore, fissa la somma da riservarsi; in mancanza di titolo chirografato o qualora questo non possa essere presentato, può il giudice delegato autorizzare il pagamento delle quote relative, però dietro presentazione di estratto del processo verbale della verificazione dei crediti (articoli 811, 813); sorveglia e dirige il debitore in moratoria per la liquidazione dell'attivo o per la estinzione del passivo; autorizza il fallito a farsi rappresentare nell'adunanza per il concordato; se il concordato è solamente consentito dalla maggioranza in numero dei creditori presenti o dalla maggioranza dei tre quarti del totale dei crediti, o pur essendo il concordato, in mancanza di queste due maggioranze, consentito da un numero rimarchevole di creditori, può, se i consenzienti non dichiarino di revocare il dato assenso, rimandarne la deliberazione ad altra adunanza, ovvero fissare un termine per raccogliere altre adesioni; stende processo verbale del rendiconto finale che il curatore fa al fallito e della consegna fattagli de' suoi beni, libri e carte di commercio e d'ogni altra cosa, chiuso il fallimento (articoli 823, 832, 835, 841); presiede le adunanze dei creditori; dà relazione al tribunale in pubblica udienza sulle cause avanti all'autorità tribunalizia trattate in materia di fallimento; prescrive la pubblicazione sui giornali delle sentenze da pubblicarsi, e cura acchè le pubblicazioni siano fatte esattamente; provvede per mezzo di

(1) Così è limitato l'obbligo del giudice delegato di abdicare alla propria giurisdizione contenziosa di fronte al tribunale che lo delegò.

decreto all'anticipazione delle spese necessarie al fallimento da parte dell'erario se, però, manchi il danaro occorrente nel patrimonio del fallito (articoli 907, 911, 912, 914).

154. *Sua surrogazione.* — Il Codice di commercio del 1865 stabiliva all'articolo 561 che il tribunale poteva in ogni tempo surrogare al giudice delegato un altro giudice; ed il legislatore dell'attuale Codice di commercio ha conservata questa disposizione. L'antico Codice di commercio francese non la conteneva; e quantunque fosse assodato dalla giurisprudenza che il giudice delegato (juge-commissaire) poteva essere sempre revocato e surrogato dal tribunale, nel Codice francese di commercio, ora vigente, si inserì un articolo 454 che stabilisce: " Le tribunal de commerce pourra, à toutes les époques, remplacer le juge-commissaire de la faillite par un autre de ses membres „.

Abbiamo veduto, trattando del curatore, che per le disposizioni degli articoli 719 e 720 il curatore può essere revocato e surrogato sia d'ufficio del tribunale che su domanda dei creditori; e vedemmo pure che di fronte a questo diritto dei creditori era data facoltà al curatore di chiedere la dispensa dall'ufficio assegnatogli quando già era entrato in funzione, o prima d'assumere l'ufficio di significare la propria non accettazione. Invece il legislatore non ha accordato al giudice che vien delegato alla sorveglianza del fallimento ed alla direzione dell'organismo amministrativo, alcun diritto di rifiutarsi all'ufficio o di domandare la propria dispensa: giacchè tale ufficio entrando nel novero delle attribuzioni, se non normali certamente naturali, del giudice come facente parte del complessivo corpo giudiziario e del potere giudiziario di una nazione, non può da quel giudice, cui venga fatta la delegazione, essere altrimenti considerato che un modo d'adempiere alla sua missione.

Vedemmo, riguardo alla ricusabilità del giudice, valere, anche in questa particolare procedura del fallimento, le stesse norme di ricusazione che sono dal Codice di procedura civile accordate alle parti contro il collegio giudicante; ma oltre ciò non esiste alcun'altra disposizione che regoli la revocabilità del giudice delegato e la sua surrogazione all'infuori dell'articolo in esame. Il Vidari (1) afferma che " il tribunale, in quest'opera di surrogazione, agirà con piena ed assoluta indipendenza, nè potrà, quindi, venire sollecitato da chicchessia ad effettuarla o no. Se alcuno si facesse a chiedergli questa surrogazione, egli dovrebbe senza altro respingerla; quand'anche nell'interesse comune credesse poi conveniente di far luogo davvero ad essa „. Invece il Calamandrei (2), più giustamente, opina che: " se il giudice venisse meno, cosa improbabile, alla fiducia in lui riposta, nessun dubbio che gli interessati potrebbero reclamare al tribunale contro di lui e domandare che a lui ne venisse sostituito un altro. Se il tribunale non crede opportuno accogliere la domanda, il suo silenzio è sufficiente a rispondere alla medesima; se crede accoglierla, lo fa con una decisione non motivata o proferita, ciò è, evidente, senza che vi preceda la relazione del giudice delegato; essa non è una vera sentenza ma un semplice atto di amministrazione; la dignità della giustizia potrebbe trovarsi compromessa, se di decisioni siffatte si adducessero i motivi „. Il Calamandrei qui più che ripetere, trasporta nel testo italiano le parole del Renouard (3) sullo stesso argomento; e l'autore francese alle considerazioni riprodotte dal Calamandrei, premette: " Il eût été irrévérent d'organiser devant le tribunal de commerce une procédure contre un de ses membres à la requête des syn-

(1) Op. cit., pag. 359, § 4542, III.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 296, n. 271.
(3) Op. cit., vol. I, pag. 395-396.

dics, ou des créanciers, ou du failli. Le tribunal est ouvert à toutes les plaintes; il ne l'est point à un procès contre le juge-commissaire; il ne statue pas par forme de jugement entre le juge et le justiciable „. Il Vidari (1), invece, crede, appoggiandosi sull'autorità d'un altro autore francese il Bravard-Veyrières (2), che " come il tribunale nomina il primo giudice delegato per mezzo di sentenza, per lo stesso mezzo procede anche alla sua surrogazione; sebbene non occorra che il tribunale ne adduca anche i motivi, per non essere questo un giudizio in contraddittorio „. Sembra a noi che gli autori su citati, negando od affermando la revoca e la surrogazione del giudice delegato dietro reclamo degli interessati; e riconoscendo o no la necessità di una sentenza e della motivazione sua, siano incorsi in alcune contraddizioni che infirmano fors'anco il valore della opinione emessa. Quando il Renouard, e con lui tutti gli altri autori, che, come il Calamandrei, ne hanno seguìta l'opinione, ammette che il giudice delegato possa essere surrogato dal tribunale anche per reclamo delle parti interessate, e poi sostiene che l'*atto d'amministrazione* (?) col quale si dovrà far luogo alla surroga non deve essere motivato, perchè " l'énonciation de certains motifs, ou l'abstention purement accidentelle de motifs, pourraient porter atteinte à la considération du juge-commissaire remplacé..... „; non vede che quest'enunciazione dimotivi, che possono ledere la ipotetica integrità del giudice, è diggià avvenuta; perchè non si può supporre che gli interessati che presentano un reclamo contro il giudice delegato, sia o no accolto tale reclamo, non possono presentare semplicemente la domanda di surroga con una formula di richiesta non motivata; in tal caso la integrità del giudice è diggià messa in dubbio e il tribunale, accettando o respingendo il reclamo, e quindi emettendo l'*atto di amministrazione* che surroga il giudice delegato attuale, o neppure accordando risposta alla domanda degli interessati, non evita che i motivi per cui si propose la revoca siano conosciuti e propalati colle sette trombe del giudizio universale.

Che il tribunale non dia una giudiziale conferma con un suo atto d'autorità ai motivi pei quali dovette surrogare il giudice delegato, ciò non vuol dire che non si riconoscano veri tali motivi per quanto contrari alla onoratezza del giudice; e questo non avrà molto a illudersi sulla segretezza delle ragioni per le quali fu destituito dall'assegnatogli ufficio. La scusa poi che si cerca sulla non esposizione dei motivi nella necessità che sulla giustizia e sui suoi rappresentanti non cada neppure il sospetto, ad altro poi non si riduce che ad un dannoso feticismo che può essere ben di spesso, nel caso che il tribunale non accolga la domanda di revoca, interpretato ben di spesso come una solidarietà, una connivenza nel male che non può assolutamente accrescere il rispetto e la considerazione verso gli amministratori della giustizia.

Il Bravard-Veyrières, il Demangeat, il Vidari e gli altri che non ammettono nel tribunale, neppure il diritto di prendere visione dei reclami avanzati dagli interessati contro il giudice, e che giungono, come il Vidari, fino alla esagerazione di affermare che il tribunale debba, senz'altro, respingere qualunque domanda di surrogazione del giudice delegato " quand'anche nell'interesse comune credesse più conveniente di far luogo davvero ad essa „, sono almeno più coerenti al principio della indubitabile integrità del giudice e non trascinano in modo alcuno l'autorità giudiziaria ad una complicità, che vedemmo dannosa all'intera magistratura. Tuttavia, non crediamo logica l'opinione di questi ultimi autori riguardo al modo con cui il tribunale, d'ufficio, deve far luogo alla surroga. In regola generale,

(1) Op. cit., vol. VIII, passo citato.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 97-98 e Nota.

e le eccezioni a tale regola sono rare e notate nella legge, le sentenze devono sempre essere motivate; questo è nella loro stessa natura; quindi sembra che per evitare la motivazione il tribunale non debba servirsi di una sentenza, ma di uno di quegli atti che, come le ordinanze od i decreti tribunalizi, non hanno uopo di motivazione. Nè la deduzione che siccome il giudice delegato, che ora si dovrebbe surrogare, fu nominato con sentenza, così pure con sentenza si debba far luogo alla nomina del giudice surrogante, ha valore; perchè la sentenza con la quale si nominò il primo giudice delegato non è particolare alla nomina del giudice, ma è quella sentenza di cui parla l'articolo 691 del Codice, la quale dichiara il fallimento ed organizza l'amministrazione e la sorveglianza del patrimonio del fallito, facendo luogo a tutti quegli atti che sono resi necessari per la tutela dell'ordine pubblico e degli interessi dei creditori. Così la sentenza che nomina il giudice delegato non è già una sentenza propria e necessaria a questo fatto; ma è invece la sentenza che mette nell'autorità del tribunale il fallimento, ed è solo incidentalmente, che in essa cade la nomina del giudice delegato per quanto tale nomina sia necessaria: per ciò a noi sembra erronea l'affermazione del Vidari che " come il Tribunale nomina il primo giudice delegato per mezzo di sentenza, per lo stesso mezzo procede anche alla sua surrogazione „.

Art. 728.

Il giudice delegato deve provvedere entro tre giorni sulle istanze proposte contro qualche operazione del curatore, salvo richiamo al tribunale. L'ordinanza del giudice delegato è esecutiva provvisoriamente.

Le domande del fallito o dei creditori per rivocazione del curatore devono essere proposte al giudice delegato. Se questi non ha riferito al tribunale entro otto giorni, tali domande possono essere proposte al tribunale direttamente.

Sommario.

155. *Commento all'articolo* 728.
156. *Reclami* adversus curatorem.
157. *Le domande di rivocazione del curatore.*

155. *Commento all'articolo* 728. — Le disposizioni, che l'attuale Codice di commercio dirige contro il curatore negli articoli 719 e 720, completate e messe in relazione col disposto dell'articolo che prendiamo ora in esame, nel Codice abolito ed in tutti gli altri Codici che, come il francese, il belga, lo spagnuolo e la legge inglese 1884 sul fallimento, conservano tuttavia i sindaci, erano e sono dirette contro i sindaci, i quali vedemmo come e perchè furono sostituiti dal curatore. Tranne alcune modificazioni rese necessarie dalla qualità stessa dell'amministratore del patrimonio della fallita, l'articolo 728 ha conservate sostanzialmente le disposizioni del Codice 1865 agli articoli 571 a 574. Si distingue pertanto, nell'articolo in esame, il reclamo portato contro qualche operazione del curatore, dalla domanda della costui rivocazione. Il reclamo non implica la destituzione del curatore, ma è solamente diretto a mo' di censura contro di lui per richiamarlo al più esatto e corretto adempimento dell'obbligo suo. E per questa natura particolare del richiamo il giudice delegato,

come rappresentante dell'autorità giudiziaria, usando della propria giurisdizione emette un'ordinanza per invitare il curatore all'osservanza ed all'adempimento de' suoi obblighi; ed è qui accordato tanto valore al richiamo dei creditori o del fallito, che, non ostante il richiamo che il curatore possa rivolgere al tribunale contro l'ordinanza del giudice delegato, questa è provvisoriamente esecutiva. Quanto alle domande di rivocazione del curatore il giudice delegato non vi figura più che come un tramite fra i creditori o il fallito e l'autorità tribunalizia; a questa spetta prendere quei provvedimenti idonei al caso sulla relazione fattane dal giudice. Sono accordati otto giorni di tempo al giudice per riferire sulle proposte domande di rivocazione; trascorsi i quali senza che sia stata inoltrata la relazione, i creditori o il fallito possono proporre direttamente al tribunale la loro domanda.

156. *Reclami* adversus curatorem. — L'articolo 728, assicurando il diritto di reclamare contro qualche operazione del curatore, non dice a chi sia riserbato questo diritto, nè specifica per quali operazioni si possa far luogo al reclamo; a differenza delle domande di revoca, le quali possono essere proposte soltanto dai creditori o dal fallito. Nè è commendevole questa lacuna e questa imprecisione della legge, perchè dà luogo ad equivoci che si potevano evitare. Ad esempio se vogliasi accordare il diritto di richiami contro il curatore, e quindi tanto contro il curatore provvisorio quanto contro il curatore definitivo, a tutti quelli i cui interessi possano essere danneggiati da qualche operazione del curatore, come nell'ammissione o non ammissione di creditori, o come nella non accettazione di crediti privilegiati come tali, allora subito, non solo il diritto di reclamo contro il curatore è assicurato al fallito ed ai creditori, ma anche ai terzi, i quali avendo qualche interesse col fallimento, possano reputare questo interesse sconosciuto dal curatore; tale è, ad esempio, la opinione del Calamandrei (1); ma invero non possiamo accordarci con esso lui perchè non è nella facoltà del curatore di disporre, indipendentemente dalla delegazione dei creditori e dal giudice delegato, degli interessi della massa in modo che questa sia danneggiata pel solo fatto del curatore. Se il curatore farà un'operazione, la quale possa essere impugnata dagli interessati in contrario, questi interessati, solamente, possono essere i creditori, ammessi, del fallimento, o il fallito, giacchè le operazioni del curatore, essendo unicamente d'amministrazione della massa patrimoniale del fallimento, operazioni le quali egli esercita quasi indipendentemente dalla ingerenza degli altri organismi dell'amministrazione soltanto possono interessare quelli che fanno parte, di diritto, del complesso di beni costituenti la massa patrimoniale da lui amministrata. Comunque sia di ciò, siccome lo scopo del reclamo è quello di ripristinare quello stato di cose che fu turbato dall'operazione del curatore, oppure di provvedere ad evitare il danno che dalla operazione impugnata può derivare, così il giudice deve, nel più breve lasso di tempo, provvedere al richiamo; la legge non dice come, nè dice cosa, debbano fare i reclamanti in caso il giudice non accolga e non dia evasione all'avanzato reclamo: solo si ricava dalla legge che il reclamo può essere proposto contro singole operazioni e non contro la complessiva amministrazione del curatore. Dal che si ricava:

1° il diritto di presentare reclami non è neppure, in confronto della intera amministrazione del curatore, accordato ai creditori od al fallito; contro l'intera procedura amministrativa si accorda solo la domanda di revoca;

(1) Op. cit., vol. I, art. 728.

2° mentre se il giudice non provvede sulle domande di rivocazione presentategli contro il curatore entro otto giorni dalla data della presentazione riferendone al tribunale, i petenti possono direttamente rivolgersi al tribunale nel caso del reclamo proposto contro qualche operazione del curatore, ai reclamanti non è accordato alcun diritto di ricorrere direttamente al tribunale;

3° mentre alla domanda di revoca provvede il tribunale sulla relazione del giudice delegato, al reclamo invece non solo provvede il giudice, ma anche il suo provvedimento, emanato mediante ordinanza, diventa subito, per quanto provvisoriamente, esecutivo, e il richiamo che gl'interessati possono contro l'ordinanza del giudice presentare al tribunale non ha direttamente alcun effetto sulla ordinanza stessa.

Ma nel primo periodo del primo comma dell'articolo in esame, rileviamo l'inciso " salvo richiamo al tribunale „, inciso che sembra rivolgersi contemporaneamente ed agli interessati acchè il reclamo venga accolto, ed alla persona contro la quale esso è diretto. Però se ben pongasi mente alla posizione dell'inciso ed alla qualità della disposizione a cui l'inciso va unito, non dubitiamo di affermare che la persona che può richiamarsi al tribunale, contro il provvedimento del giudice delegato, e quella contro la quale il reclamo era diretto, cioè il curatore; ed è ciò ragionevole, in quanto che siccome il reclamo suona biasimo ad un atto amministrativo del curatore, non può costui essere orbato del diritto di difendersi o di portare in propria discolpa tutte quelle ragioni in forza delle quali dovette dar opera a quella determinata operazione contro cui fu sollevato reclamo. Tuttavia non neghiamo che l'inciso in discorso possa riferirsi anche ai reclamanti per ovviare alla non accoglienza od evasione del reclamo da parte del giudice delegato; giacchè, come osservammo, essi non hanno nelle disposizioni dell'articolo 728 alcun mezzo di far valere il presentato richiamo qualora il giudice nei tre giorni prescrittigli non abbia effettuato il reclamo. Se però si coordina all'inciso in discorso la frase che a questo sussegue: " l'ordinanza del giudice delegato è esecutiva provvisoriamente „, si viene alla conclusione che il richiamo al tribunale non può essere presentato che da quelli che dalla effettiva esecuzione del provvedimento vengono danneggiati; *ergo*, non mai gli stessi reclamanti. Notisi ancora che il giudice delegato, accogliendo il reclamo, rimane libero di adottare quel qualunque provvedimento ch'egli possa ritenere più adatto al caso; foss'anco un provvedimento contrario o diverso da quello che avrebbero desiderato i reclamanti; come è libero di non prenderne alcuno, senza giustificare di fronte ai reclamanti questa non accordata evasione alla loro domanda.

151. *Le domande di rivocazione del curatore.* — Come i reclami sono diretti contro le singole operazioni del curatore, e sono nulli se diretti contro la complessiva procedura amministrativa o contro la persona del curatore, invece le domande di revocazione si possono dire soltanto dirette contro la persona e contro l'intera amministrazione del curatore. La legge non dice in quali casi e per quali cause potrà essere presentata domanda di rivocazione del curatore; soltanto, come già negli articoli 719 e 720, si lascia intravedere che il curatore potrà essere surrogato su domanda dei creditori o del fallito. Evidentemente, nello spirito della legge si racchiude ciò che nella lettera di questa non fu nè espresso nè accennato. Sarebbe un " libito far licito in *lor* legge „, uno strapotere dannoso, quello dei creditori, qualora potessero a capriccio, senza una causa grave pel fatto o per il legittimo sospetto, domandare la revocazione del curatore. Nel caso in cui si tratti di sostituire al curatore nominato

dal tribunale un altro curatore di fiducia dei creditori (articolo 719), si vede che, per quanto ciò sia lungi dall'essere una prova di stima pel curatore in officio, pur tuttavia non assume il carattere offensivo di una revocazione, comminata senza la scusante di sostituire al revocato una terza persona che goda, genericamente, maggior fiducia da parte dei creditori. Di più qui non solo ai creditori, come dall'articolo 719, ma anche al fallito è assicurato il diritto di domandare la revoca del curatore; se, come dice il Calamandrei (1) " il diritto nei creditori e nel fallito ad insorgere contro qualche operazione del curatore non ha bisogno di essere giustificato „, allora, in luogo di esercizio di un diritto, dobbiamo essere tratti ad ammettere che questo è l'esercizio di arbitri, di tirannia da parte dei creditori o del fallito, ammenochè il citato autore intenda che è il diritto in sè, facoltà concessa ai creditori ed al fallito come le persone più interessate nell'amministrazione del fallimento, quello che non ha bisogno d'essere giustificato, e non l'esercizio effettivo di esso, agli scopi della revoca, che debba dagli utenti il diritto essere volta per volta giustificato. Se è la prima interpretazione che intese sintetizzare nella sua breve frase il Calamandrei, ciò è fuor di dubbio; se poi è la seconda interpretazione, noi non ci indugiamo nel dire che non ci sembra accettabile sotto nessun aspetto. Commentando gli articoli 719 e 720 abbiamo tentato di spiegare la necessità di motivazione nelle domande di revocazione da parte dei creditori e nelle proposte di surroga d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria; il ripetere qui le cose già dette sarebbe ozioso; epperò a quel commento, per una più estesa trattazione, rimandiamo il diligente lettore. Qui notiamo che nelle legislazioni abolite, quelle antecedenti alle codificazioni italiana del 1865 e francese del 1838, non era accordato il diritto di revocazione del curatore al fallito od ai creditori. Adunque, contro questo diritto dei creditori e del fallito, quasi correttivo e garanzia in favore del curatore sta l'obbligo dei petenti di presentare la loro domanda al giudice delegato; costui, per quanto debba entro gli otto giorni presentare la relazione della domanda al giudice, tuttavia non è tenuto assolutamente, a riferirne all'autorità giudiziaria; ma tacendo sulla presentata domanda di revoca, dà a divedere che non sono accettabili i motivi in quella espressi per provocare la surroga del curatore, ed invita i petenti che non rinuncino alla domandata rivocazione a presentarsi al tribunale. Sicchè la domanda di revoca la quale, per quanto non debba discendere a discutere intimamente le ragioni sulle quali si appoggia, però deve, indubbiamente, essere motivata genericamente sull'intera procedura dell'amministrazione o sul contegno in quella del curatore, e non su un singolo atto o su d'una singola operazione di questi, non obbliga nè il giudice delegato ad accoglierla e riferirne al tribunale, nè il tribunale, anche sulla relazione del giudice o d'ufficio per la mancata relazione e per la domanda direttamente a lui presentata, a far luogo alla revoca del curatore. Ma, anche quando, sulla relazione del giudice o direttamente sulla presentazione della domanda di rivocazione alla propria autorità, il tribunale venga nella convinzione di accordar favore alla domanda dei creditori o del fallito, deve, per la disposizione dell'articolo 720, essere sentito il curatore in Camera di consiglio, perchè egli possa, al caso, giustificarsi dalle imputazioni che gli vengono fatte, ed in ogni caso essere al corrente delle accuse mossegli e della revoca alla quale devesi

(1) Op. cit., vol. I, pag. 237, n. 272.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 449-450. — Cfr. pure CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 237-238, n. 273.

far luogo. Il Renouard (2), commentando le analoghe disposizioni della legge commerciale francese, riguardo alla revocazione dei sindaci, dopo aver esposte le ragioni per cui si dovette accogliere nel Codice il principio della revocazione dei sindaci su domanda dei creditori o del fallito, ne delinea le cautele e scrive: « Une première garantie existe pour eux (*les syndics*) dans la faculté qu'a le juge-commissaire de garder le silence, soit que les plaignants, imitant ce silence, laissent ainsi terminer définitivement le débat, soit que les réclamations portées devant le tribunal y rencontrent pour première objection la présomption résultant du silence que le juge-commissaire aura cru à propos de garder.

« Dans tous les cas, soit qu'il provoque lui-même la révocation, soit que les plaignants la provoquent directement, parce qu'il se sera abstenu de s'en approprier la proposition, le juge-commissaire devra faire son rapport, que le tribunal entendra en la Chambre du Conseil les syndics donneront ensuite leurs explications, et le tribunal prononcera en audience publique.

« La loi ne dit pas que les plaignants seront admis dans la Chambre du Conseil, soit pour assister au rapport du juge-commissaire, soit pour présenter ou faire présenter des observations orales. Ce n'est pas d'un procès qu'il s'agit, c'est d'un acte de haute administration, provoqué, éclairé par les plaintes des particuliers, mais qu'il ne doit ni être converti en un litige, ni donner lieu à des débats contradictoires. Les intérêts du plaignant sont suffisamment garantis par la liberté qu'il a de motiver sa plainte et de l'accompagner de tous les développements nécessaires. Le rapport du juge-commissaire et les explications des syndics sont entendus à huis clos, dans la Chambre du Conseil, parce que la loi n'a voulu ni encourager les diffamations par l'appât de la publicité, ni trainer au grand jour de simples fautes qui seraient reconnues excusables ».

Come si vede, l'illustre commercialista francese non ammette che il giudice delegato possa esimersi dal fare relazione al tribunale della propostagli domanda di revoca del curatore, anche se egli sia ostile alla accettazione della domanda: e sembra a noi che qui il Renouard abbia interpretato male la legge, introducendo, in questo caso particolare, la regola generale secondo cui il giudice delegato, per ciò che riguarda la procedura del fallimento sottoposto alla sua sorveglianza e direzione, deve sempre farne relazione al tribunale; più giusta è, in questo, la opinione del Calamandrei (1) il quale riconosce che il giudice delegato può « se ritenga la domanda ingiusta od infondata, astenersi dal riferirne al tribunale e mantenere il silenzio »; opinione che viene corretta e migliorata quando si ammetta nel tribunale, a cui, trascorsi gli otto giorni, ricorsero direttamente i petenti, il diritto, e forse anco l'obbligo, di sentire in Camera di consiglio il giudice delegato sulle ragioni per cui si astenne ed a richiederlo del suo parere nella questione: il tribunale poi, quando lo creda opportuno, potrà sentire in Camera di consiglio anche chi domanda la rivocazione; però costui non ha diritto di intervenirvi.

Oltre il creditore ed il fallito, può anche la delegazione dei creditori chiedere la revoca del curatore (art. 726); e il tribunale può, o di propria iniziativa o su proposta e relazione del giudice delegato, ordinarla di ufficio: anzi, il proporre la revocazione del curatore è uno dei maggiori obblighi del giudice delegato, quando scorga la mala amministrazione o sospetta, esercitata dal curatore (2).

(1) Op. cit., vol. I, passo citato.

(2) Cfr. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 448.

Art. 729.

Quando, per rinuncia o per altro motivo, sia necessario di nominare uno o più membri della delegazione dei creditori, il giudice delegato deve aver cura che la nomina si faccia nella prossima adunanza dei creditori ovvero ordinare un'apposita convocazione d'urgenza.

Art. 730.

Il giudice delegato è autorizzato a sentire il fallito, i suoi commessi ed impiegati e qualunque altra persona, intorno alla formazione ed alla verificazione del bilancio, alle cause ed alle circostanze del fallimento, e deve trasmettere al procuratore del Re le notizie raccolte.

Tuttavia gli ascendenti, i discendenti, i fratelli e le sorelle ed il coniuge del fallito possono astenersi dal deporre.

Sommario.

158. *La delegazione dei creditori e il giudice delegato.*
159. *L'adunanza per la nomina dei membri della delegazione dei creditori indetta dal giudice delegato.*
160. *Il fallito, i suoi commessi ed impiegati escussi dal giudice delegato.*
161. *Cosa siano le cause e le circostanze del fallimento, e la trasmissione delle notizie su di esse raccolte al procuratore del Re.*
162. *Parenti del fallito che chiamati a deporre possono astenersi. — Evidente moralità di tale disposizione.*

158. *La delegazione dei creditori e il giudice delegato.* — Quando nel commento della seconda Sezione del Titolo II, Capo I " Della delegazione dei creditori „ trattavamo dell'articolo 724, abbiamo avvertito come alla mancanza assoluta di disposizioni, che delineassero una via di condotta nel caso in cui i delegati, scelti all'ufficio di sorveglianza sull'amministrazione del fallimento, non accettassero la nomina o si rendessero indegni di quell'incarico di fiducia, ponesse, in certo modo, rimedio la disposizione dell'articolo 729, che ora prendiamo a commentare. Come sul curatore è imposta la sorveglianza del giudice delegato così tale sorveglianza si estende pure sull'altro organismo dell'amministrazione del fallimento, sulla delegazione dei creditori. Il potere del giudice delegato però in questo caso si estende non a prendere un provvedimento che senz'altro rimedi alla vacanza avveratasi in un seggio della delegazione, ma si limita a porre i creditori al corrente della bisogna e ad invitarli a nominare quei membri il cui seggio è vacante. Quindi, mentre, per riguardo al curatore, la revoca e la surroga possono essere proposte d'iniziativa e d'ufficio tanto dal giudice delegato *ex auctoritate sua*, come dal tribunale, invece riguardo alla nomina di nuovi membri della delegazione dei creditori, alla autorità giudiziaria, sia per se stessa, sia rappresentata dal giudice delegato, non è concessa alcuna efficace e diretta ingerenza: solo le è riserbata l'iniziativa del provvedimento.

Qui si sollevano non poche questioni. Il legislatore contempla il caso in cui la vacanza nella delegazione dei creditori, sia

data dalla rinuncia dei membri o da *altro motivo;* ma oltre, la vacanza, bisogna che *sia necessario nominare* quei membri della delegazione che si sono resi dimissionari o che furono ritenuti immeritevoli dell'incarico e quindi destituiti. Noi però, indicando tassativamente e nominalmente un secondo motivo oltre quello della rinunzia, dichiarato dal Codice, abbiamo quasi precipitata una dubbiosa questione, a risolvere la quale nessun lume vien dato nè dal legislatore, nè dalla giurisprudenza, nè dalla dottrina. Anzitutto, la rinuncia, indubbiamente, può avvenire in due momenti diversi; cioè appena avvenuta la nomina, se la persona scelta all'ufficio non voglia a quello sobbarcarsi, giacchè non trattandosi di un pubblico incarico, obbligatorio per chiunque, *nemo cogi potest;* poi quando, pure accettato l'incarico, il membro che era entrato in funzione creda suo vantaggio ritrarsene. Questi due modi pei quali può verificarsi la vacanza nel numero dei membri facenti parte della delegazione dei creditori, non hanno uopo di ulteriori illustrazioni.

Veniamo ora ad una specificazione di quegli *altri motivi*, in forza dei quali può verificarsi la necessità di nominare altri membri in sostituzione dei mancanti. Si avverta, prima d'ogni altra cosa, che la mancanza dei membri della delegazione deve essere effettiva e non temporanea: quindi l'assenza momentanea, anche se si protragga per un tempo troppo lungo per non riuscire nocivo al buon funzionamento dell'organismo amministrativo, non può essere invocata come causa sufficiente per passare alla elezione di nuovi membri del comitato di sorveglianza.

Dunque, per morte dei membri può verificarsi la vacanza, o per destituzione: questi sono i due soli motivi pei quali si può rendere vacante qualche seggio della delegazione dei creditori. La vacanza avvenuta per morte dei delegati è la più tipica, e su di essa non perdiamo altre parole. Invece la destituzione dei membri della delegazione presenta moltissime difficoltà. La prima si concreta formulando la domanda: può essere destituito un membro della delegazione? A questa domanda se ne innestano altre in correlazione di essa; e cioè: per quali motivi potrà essere destituito? chi potrà pronunziare la decadenza?

I membri della delegazione essendo mandatari, vale per essi la regola che il mandatario cessa dal suo ufficio, quando il mandato siagli ritirato da chi glielo affidò. Sicchè, su tale proposito, niun dubbio che l'adunanza dei creditori che elesse il mandatario delegato possa destituirlo: e così abbiamo risposto a due delle formulate domande. Ma riguardo ai motivi in base ai quali potrà essere pronunziata dai creditori la decadenza del delegato non si presenta tanto facile la questione. Il legislatore parla, genericamente, di motivi per cui sia resa necessaria la nomina di uno o più membri della delegazione dei creditori; cioè, ammette che la vacanza sia effettiva e non parla affatto dei motivi per cui si diminuì il numero dei membri della delegazione: quindi, su tali motivi il silenzio della legge, e in questo articolo e nell'articolo 724, ove logicamente doveva trovar posto una disposizione riguardo la cessazione delle funzioni di delegato per qualsiasi causa avvenuta, non può essere rotto che dalla applicazione del principio generale che impera su tutta la procedura del fallimento: quello, cioè, dell'interesse della massa dei creditori per cautarsi da lesioni che da una trista amministrazione possono derivarle.

Come la legittima suspicione di parzialità, di corruzione, di negligenza bastano perchè i creditori possano avanzare domanda di revoca contro il curatore, così la mancanza di fiducia in uno o più membri della delegazione dei creditori, mancanza di fiducia che può essere occasionata da fatti identici a quelli che provocano la revocazione del curatore, basterà per rendere giusta la destituzione dei membri della delegazione che siensi resi colpevoli di con-

nivenza ad una trista amministrazione. Crediamo poi che si possa anche revocare tutt'intera la delegazione, giacchè le cause capaci di colpire di destituzione uno o più membri di quella, sono ugualmente efficaci contro tutt'intero il comitato dei creditori, concorrendo gli estremi ritenuti necessari al ritiro del mandato. Ancora la legge non dice che possa proporre la destituzione di uno o più membri della delegazione, nè chi convochi l'adunanza dei creditori per dichiararne la decadenza. Tuttavia argomentando, quasi *a posteriori* dalle disposizioni dell'articolo 729, e considerando la funzione del giudice delegato che è quella di sorveglianza su tutta la procedura del fallimento, si può venire alla conclusione che, come spetta al giudice delegato di proporre anche d'ufficio la revoca del curatore, così al giudice delegato spetti di proporre la destituzione dei membri del comitato dei creditori; e, come gli spetta la cura di convocare i creditori per la nomina dei membri della delegazione per ovviare alle vacanze, così, al caso gli spetti di convocare i creditori per la destituzione dei membri sospetti; e nell'articolo 727 sonogli assicurati, indubbiamente, per la facoltà di ordinare i provvedimenti urgenti che occorrono per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa, e per quella di convocare i creditori, qualunque volta lo ritenga opportuno, precisi diritti su ciò.

Sappiamo che la delegazione dei creditori si compone di tre o di cinque membri scelti fra i creditori della massa, e nominati nella prima adunanza, prefissa nella sentenza dichiarativa del fallimento. Ora, l'articolo che esaminiamo dice, che il giudice delegato deve aver cura di far nominare quei membri della delegazione che, per rinuncia o per altro motivo, vengono a mancare, purchè sia ciò necessario. Quindi si deduce, logicamente, dalla disposizione dell'articolo 729, che la sola vacanza di uno o più seggi nella delegazione di sorveglianza, non può rendere necessaria la nuova nomina di altri membri. Il legislatore, come di solito, si chiude nel silenzio più impenetrabile ed abbandona, senza alcuna guida, le disposizioni legislative emanate, alla ventura di un'ermeneutica impotente. Tuttavia, proviamoci a strappare il velo misterioso che cela la mente legiferatrice in questo articolo 729. Abbiamo richiamata la disposizione dell'articolo 723 riguardo al numero dei membri della delegazione ed abbiamo visto che questo numero può essere di tre o di cinque. Evidentemente la necessarietà della nomina di nuovi membri della delegazione in sostituzione degli usciti, scaturisce dalla mancanza del numero di membri che la legge prefisse per la delegazione dei creditori. Però, si possono presentare tre casi: 1° il numero dei membri della delegazione era stato fissato di tre e viene a mancarne uno; 2° il numero dei membri della delegazione era stato fissato di cinque ed uno esce; 3° il numero dei membri è di cinque e due escono. Qui abbiamo tre casi differenti, i quali comportano tre diverse soluzioni per la questione che sollevasi. Nel primo caso la necessità della nomina di un membro della delegazione in surroga del mancante è troppo chiara perchè si possa spiegarla; basta osservare che la legge impone come limite minimo al numero dei membri della delegazione il numero tre. Ma nel secondo e nel terzo caso, che presuppongono la costituzione legittima del comitato dei creditori in cinque membri, la questione è assai meno facile a risolversi. Quando, per l'uscita di uno dei membri della delegazione dei creditori formata da cinque membri, ci troviamo di fronte ad una delegazione di quattro, si presentano due rimedi per rimettere la delegazione nel numero legale di membri. Il primo, quello di nominare il membro che manca per ripristinare il numero di cinque; il secondo, quello di escludere un altro membro del comitato in modo da ridursi al numero legale di tre. Non v'ha dubbio, a meno che il membro primo uscito non

abbia disertata la delegazione per morte, rinuncia od altro non disonorevole motivo, ed un altro membro possa ritenersi indegno di perdurare nel fiducioso incarico di sorveglianza, che non si potrà far luogo al secondo rimedio presentato; quindi solamente mediante la nomina di un quinto membro della delegazione si potrà entrare, col numero dei membri di quella, nell'orbita legale prescritta dal legislatore.

Rimane, infine, il terzo caso, quello, cioè, in cui su cinque membri due escano, e la delegazione si trovi ridotta al numero legale di tre membri. Qui sembra esulare quel carattere necessario della ricostituzione del comitato di sorveglianza, che abbiamo veduto imporsi nei casi sopra studiati. La delegazione può, legalmente, funzionare composta di tre membri, perchè la legge pone l'alternativa fra il tre e il cinque come numero necessario di membri nella delegazione; e di questa cercata disparità abbiamo discusse le ragioni parlando sulla speciale sezione che tratta della delegazione dei creditori. Vero è che, se i creditori opinarono fosse miglior cosa che il comitato loro in cinque membri piuttosto che in tre si costituisse, non può la defezione, sia spontanea che imposta o provocata, di due membri della delegazione, infirmare l'espressione della volontà dei creditori; e, quindi, permane la necessità del numero di cinque membri. Ma la delegazione funziona ugualmente, epperò niun danno ne risentono gl'interessi della massa per quella diminuzione; quindi, ripetiamo, la necessità che origina dalla tutela indispensabile degli interessi dei creditori non può più apparire; rimane solamente la manifestazione della volontà precedentemente espressa dai creditori, la quale sembra non poter tollerare un tale sconoscimento e richiedere una pronta riparazione. Quindi, se la necessità a cui volle alludere il legislatore nell'articolo 729 non si presenta in quest'ultimo caso come nei precedenti, e può sembrare che il giudice delegato possa sorpassare all'obbligo fattogli di far nominare i membri usciti della delegazione dei creditori, cionullameno noi opiniamo che il giudice delegato debba convocare ugualmente, all'oggetto di ripristinare il numero dei membri della delegazione, i creditori, come la legge gl'impone; proponendo ad essi la nomina dei due membri mancanti o la sola approvazione e conferma della delegazione in quel numero di membri a cui si ridusse; arbitri quindi i creditori di scegliere, fra le due proposte, quella che a loro apparisca migliore.

159. *L'adunanza, per la nomina dei membri della delegazione dei creditori, indetta dal giudice delegato.* — Mentre, per la nomina principale dei membri della delegazione dei creditori, è il tribunale che fissa l'adunanza in cui a questa nomina si deve far luogo, invece, per le nomine dei membri della delegazione stessa in surroga degli usciti, la facoltà di convocare i creditori è concessa al giudice delegato, il quale, in questo modo, viene ad essere sostituito interamente al tribunale.

Il legislatore nell'articolo 727 aveva accordata al giudice delegato la facoltà di convocare, qualunque volta lo ritenesse opportuno, i creditori; e già nell'art. 729 suggerisce un momento in cui si presenta la opportunità di usare quella facoltà. Il giudice delegato trova, in forza dell'articolo che esaminiamo, la facoltà accordatagli dall'articolo 727 trasformata in un obbligo, al cui adempimento non può per qualsiasi scusa sottrarsi. Sono presentati all'esercizio dell'autorità del giudice delegato due modi: egli, cioè, deve aver cura che la nomina dei membri si faccia nella prossima adunanza dei creditori, anche da lui non convocata; oppure deve ordinare un'apposita convocazione d'urgenza; nel primo caso approfitta, diremo così, di una convocazione diggià indetta ed a prossima scadenza per proporre la nomina dei membri; nel secondo caso, trattandosi di un

provvedimento d'urgenza occorrente per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa, ordina la convocazione, da tenersi immediatamente. Notisi che la prossimità dell'adunanza dei creditori non vincola il giudice delegato a non convocare l'adunanza speciale all'uopo della nomina dei membri, quando la prossima adunanza sia sufficientemente remota da permettere che, nell'intervallo tra l'avvertita urgenza del provvedimento e l'adunanza prossima a convocarsi, si possa contenere la speciale convocazione, resa necessaria per la reintegrazione della delegazione dei creditori.

L'articolo 723 dice, in proposito della prima nomina dei membri della delegazione, che la maggioranza dei creditori, i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo, può, nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, mutare i membri della delegazione, od alcuno di essi, od elevarne il numero da tre a cinque. Abbiamo richiamata a questo punto la riferita disposizione dell'articolo 723, per vedere se e come essa sia applicabile alla rielezione dei membri della delegazione. È certo che il disposto dell'articolo 723 è limitato alla adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, e che più della elezione di nuovi membri tratta della mutazione di quelli nominati prima ed ancora in funzione, o dell'aumento da tre a cinque: ma in parte, e per analogia, può essere applicato alla nuova elezione di membri in surroga degli usciti. Di fatto la applicabilità della disposizione dell'art. 723 all'adunanza indetta dal giudice delegato in ordine all'articolo 729 si riscontra per ciò che ha tratto col numero degli intervenuti all'adunanza; tanto più, notisi, che la necessità di passare ad una nuova nomina di membri del comitato dei creditori, può mostrarsi anche prima dell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. Quindi, il numero dei creditori che devono intervenire all'adunanza indetta dal giudice delegato, deve rappresentare la maggioranza dei creditori i crediti dei quali siano stati verificati od ammessi al passivo?' La maggioranza dei creditori che intervengono all'adunanza, sia questa indetta dal giudice delegato appositamente o il giudice delegato approfitti di quella qualunque adunanza per proporre la nomina dei membri surroganti, deve, senza dubbio, verificarsi favorevole non solo alla accettazione in massima della nomina dei nuovi membri, ma anche favorevole alla scelta di quei nomi proposti per la surroga. Non crediamo però che, anche qualora la necessità di nominare nuovi membri alla delegazione in sostituzione degli usciti si presenti prima dell'adunanza di chiusura del processo verbale della verificazione dei crediti, la maggioranza dei creditori debba essere quella dei creditori i cui crediti furono verificati od ammessi al passivo.

Senonchè può presentarsi il caso in cui, oltre della nuova nomina, ai creditori convocati si presenti necessario di elevare il numero dei membri da tre a cinque; in questo caso non dubitiamo di affermare che noi, contrariamente all'esplicito disposto della legge, riteniamo che la sola maggioranza dei creditori basti, all'infuori di qualsiasi altro estremo, per rendere valida non solo la nomina dei membri in surroga delli usciti, ma anche la nomina dei nuovi membri per accrescere il numero. E sosteniamo questa opinione perchè non riesciamo a comprendere come il legislatore possa limitare,in un modo tanto ingiustificabile come quello che si fonda sul tempo, il diritto dei creditori di tutelare nella miglior maniera, con quegli organismi che la legge loro accorda, i propri interessi. Dunque, raccogliendo quello che venimmo fin qui dicendo, concludiamo su ciò: che i creditori, convocati per ripristinare il numero dei membri della delegazione, in qualunque tempo la delegazione riveli questa necessità, possono altresì aumentarne il numero senza che per ciò la maggioranza, che si

richiede, sia quella dei creditori i cui crediti siano stati verificati od ammessi al passivo.

Su questo numero un'ultima questione: potranno i creditori convocati pel ripristino nel numero legale di membri della delegazione, in luogo di completare il numero, sopprimere alcuno dei membri, o anche la intera delegazione? Colla prima parte della domanda entriamo nella quistione, che avevamo esposta di sopra, intorno alla sopprimibilità di un membro della delegazione che, decadutone uno sul numero dei cinque, rimanesse quasi in sopranumero sui tre che la legge impone come numero legale minimo. Quindi, incorriamo in una risposta che, a prima veduta, parrebbe simile a quella già di sopra analogamente data. Però qui la bisogna è diversa; giacchè, essendo nell'arbitrio dei creditori il nominare una delegazione di tre o di cinque membri, il mutarne i componenti, o l'elevarne da tre a cinque il numero, sembra che dovrebbe essere pure in arbitrio dei creditori un sistema inverso di fatti: cioè, il sopprimere interamente la delegazione o il sopprimerla in parte riducendo il numero dei membri. La legge accorda ai creditori la facoltà di nominare la commissione di sorveglianza; e l'accorda come facoltà, non come obbligo; ond'è che vedemmo la dottrina dividersi in due campi; nell'uno dei quali combattesi in favore della obbligatorietà della nomina della delegazione, come organismo necessario all'economia dell'amministrazione del fallimento; mentre nell'altro si sostiene la assoluta facoltatività della nomina, sottoponendola, soltanto nel caso che vi si passi, a quella particolare procedura che la legge prescrive.

Ora, se si ritiene che non di una facoltà, ma di un obbligo si tratti per ciò che riguarda la nomina della delegazione dei creditori, non vi può esser dubbio nel rispondere che i creditori convocati non potranno mai sopprimere la delegazione, ma dovranno limitarsi a portarvi quelle modificazioni che la legge acconsente, cioè elevarne il numero da tre a cinque e completare colla nomina di nuovi membri il numero col quale la delegazione si costituì: però anche in questo caso rimane indeciso se, come possono elevarne il numero da tre a cinque, i creditori adunati per la nomina dei nuovi membri possano da cinque ridurli a tre. Al che si risponde, a parer nostro, sempre nell'ipotesi che la nomina del comitato dei creditori non sia che un obbligo, che la legge prescrive tassativamente, nell'articolo 723, come i creditori possano aumentare il numero dei membri della delegazione e quando lo possano, e quindi, non parlandosi di riduzione nel numero primitivamente creduto necessario, non si può concludere diversamente da ciò che detti la lettera della legge. Poi l'art. 729 parla non altro che della nomina in sostituzione dei membri rinuncianti o per altro motivo non facenti più parte della delegazione. Sicchè, non v'è dubbio che attenendosi strettamente alla legge e interpretata obbligatoria la nomina della delegazione, si possa soltanto concludere che non possono i creditori sopprimere la delegazione nè diminuire il numero dei membri primitivamente scelto.

Invece, ritenendo una facoltà concessa ai creditori quella di nominare una commissione composta di individui scelti fra loro alla sorveglianza dell'amministrazione del fallimento, facoltà di cui possono usare col nominare la commissione ugualmente che col non nominarla, si può, forse un po' troppo artifiziosamente, sollevare la quistione se la facoltà così interpretata possa in certo modo invertirsi; portando, cioè, alla sopprimibilità totale o parziale della delegazione. È certo che, quando si faccia dipendere la utilità dell'organismo dalla sola opinione dei creditori, si deve ammettere che tale opinione essendo suscettibile, siccome ogni " cosa mortal passa e non dura „ di modificazioni e di trasformazioni, può sopportare anche

quella completa inversione che risulterebbe dalla soppressione del comitato di sorveglianza. *A fortiori*, se si può concludere per la soppressione totale del comitato dei creditori, nessun dubbio che sia ammessibile la soppressione parziale del comitato stesso mediante la riduzione numerica dei membri: ma avvertasi però che quest'opinione non può pretendere ad alcun appoggio da parte della lettera come da parte dello spirito della legge.

Comunque sia di quello che siamo sin qui venuti dicendo, il giudice delegato che propone, nella più prossima udienza, la nomina dei membri mancanti della delegazione, o che indice per ciò un'apposita adunanza, non ha sui creditori alcun potere, all'infuori della direzione che la legge gli accorda. Vero è che l'articolo 729 sembrerebbe estendere questo diritto fino a mutarsi in una sorta di coercizione usata contro i creditori, perchè ivi si dice che il giudice delegato *deve aver cura* che la nomina *si faccia* nella prossima adunanza dei creditori; sicchè può sembrare che il giudice delegato debba costringere i creditori ad addivenire alla nomina; invece la locuzione della legge, per quanto poco appropriata, non può essere che una continuazione ed un afforzamento *in eadem materia*, dell'incarico di direzione e di *sollecitamento* accordato al giudice delegato dall'art. 727; tanto più che la coercizione non potrebbe mai, per mancanza di mezzi idonei, tramutarsi da potenziale in effettiva.

160. *Il fallito, i suoi commessi ed impiegati, escussi dal giudice delegato.* — La ricerca della verità riguardo all'episodio che determina il fallimento di un negoziante, è cosa del maggior momento; e quindi la legge cerca di acquistare alla autorità giudiziaria ed all'interesse dei creditori del fallito, come al fallito stesso, quel maggior numero di fatti e di notizie, circa il disastro commerciale intorno a cui si instituisce una tanto particolare procedura, da cui far sorgere la vera fisonomia dell'avvenimento e sgorgare le prove della buona o della mala fede del fallito. A questo intento il giudice delegato, quale rappresentante dell'autorità giudiziaria, ha diritto di escutere tutte quelle persone le quali, per la loro qualità o per legami particolari d'interessi essendo in particolare dimestichezza col fallito già prima che egli precipitasse nel disordine economico e finanziario, possano fornire notizie sulla condizione del commercio del fallito, sulla qualità degli affari che da lui si facevano, sulle spese che sopportava, sugli obblighi che contraeva, sul modo di vita suo e della sua famiglia. Insomma al giudice delegato si accordano tutti i mezzi perchè egli si formi un preciso concetto delle condizioni finanziarie e morali del fallito, onde coscienziosamente adempire al suo mandato.

Anzitutto l'art. 730, che ora prendiamo in esame, dice che il giudice delegato può sentire il fallito, i suoi commessi ed impiegati non che qualunque altra persona, sulla formazione e la verificazione del bilancio. Questa facoltà concessa al giudice delegato, a scanso di equivoci o di esagerazioni, va interpretata *cum grano salis*. Vedremo che è il curatore, il quale è incaricato di redigere e di modificare il bilancio del fallimento qualora il fallito non lo abbia presentato, o esso curatore non abbia potuto accettarlo se il fallito lo presentò (art. 745).

Il legislatore accorda, al giudice delegato, la facoltà di sentire il fallito e le altre persone che possono dare notizie sulle cause del fallimento; ma non è un obbligo quello per tal guisa fatto al giudice delegato. Se il giudice crede sufficienti le notizie diggià acquisite alla procedura del fallimento, nulla gli vieta di accontentarsi di quelle notizie e di non sentire oltre nè il fallito nè i suoi impiegati o commessi od altre persone. Nel caso inverso, invece, per quanto possa sembrare inutile un ulteriore interrogatorio del fallito o di quelle persone che ebbero con lui intimi rapporti, il giudice

delegato può, in qualunque tempo, valersi della facoltà accordatagli. Sembra però che una tale facoltà rimanga senza sanzione quando da potenziale si trasforma in effettiva, perchè se le persone, le quali il giudice delegato crede necessario interrogare, non vogliano comparire dinanzi a lui nè vogliano rispondere, potranno queste essere astrette con mezzi ordinari di coercizione come quelli usati contro i testi reticenti? La questione si è sollevata nella dottrina e merita se ne dicano alcune parole. La legge tedesca sul fallimento sancisce, pel fallito, imprescindibile obbligo di rispondere a tutte quelle domande che a lui vengano rivolte (1); ed anche nella legge italiana attuale un mezzo efficace di coercizione contro il fallito reticente è offerto dall'articolo 857, che dichiara, senz'altro, colpevole di bancarotta semplice il commerciante dichiarato fallito, il quale, senza legittimo impedimento, non si è presentato personalmente al giudice delegato, alla delegazione dei creditori od al curatore, nei casi e nei termini stabiliti, o se presentandosi ha dato loro false indicazioni (2). Disposizioni analoghe erano date dall'articolo 701 del cessato Codice, però solo nei rapporti tra il fallito interrogato ed i sindaci interroganti.

La legge neerlandese sul fallimento, alla stessa guisa della legge germanica, non dà poteri veramente coercitivi contro il fallito reticente o renitente alle ingiunzioni del giudice delegato; solo sancisce nel fallito l'obbligo di prestare giuramento e di rispondere alle domande fattegli. Invece la legge austriaca sul fallimento (1868) ai paragrafi 96, 99 e 100 stabilisce la pena dell'arresto come mezzo coercitivo contro il fallito che si rifiuta di prestare il giuramento che a lui incombe, di dare i richiestigli schiarimenti o notizie ed oppone pertinace renitenza agli ordini del giudizio concorsuale (Rathskonkurs). Le altre codificazioni contengono disposizioni più o meno analoghe a queste di cui abbiamo fatto accenno. Ma la questione, che viene così risolta riguardo alla legge commerciale italiana, nei rapporti col fallito, non lo è più nei rapporti colle altre persone, impiegati e commessi del fallito. È notevole come il Codice commerciale neerlandese si mostri più severo contro i commessi ed impiegati del fallito che contro il fallito stesso: giacchè, qualora essi rifiutino di rispondere alle domande loro rivolte intorno al fallimento dai curatori, questi ne riferiscono al giudice delegato, il quale li interrogherà con mezzi ordinari; ossia coi mezzi di coercizione usati nei procedimenti comuni verso i testi reticenti.

Il patrio legislatore sembra però abbia voluto, riguardo ai commessi ed impiegati del fallito chiamati a deporre, come pure riguardo alle altre persone eventualmente citate a rispondere nanti il giudice delegato, sancire un vero obbligo, a cui dànno autorità e forza le disposizioni riguardo ai testimoni contenute nell'art. 239 del Codice di procedura civile. E questa interpretazione dell'art. 730 del Codice di commercio si ricava, oltre che dalla logica necessità di rendere effettiva la autorizzazione accordata al giudice ed efficace l'uso di essa, anche dalla disposizione che accorda, nello stesso articolo 730, la facoltà, come eccezione ad una regola generale rimasta nella mente del legislatore, ai discendenti, ascendenti, fratelli, sorelle e coniuge del fallito, di astenersi dal deporre. Ora, deduciamo il principio a cui si informa questa disposizione della legge; vedremo che, essendo indubbiamente tale disposizione un'eccezione, deve esserlo ad un

(1) Il § 92 della legge germanica sul fallimento non dà tuttavia nessun mezzo coercitivo contro il fallito reticente o renitente alle ingiunzioni del tribunale: " Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben „.

(2) VIDARI, op. cit., pag. 221, § 4399, non ritiene sufficiente questa coercizione.

principio che afforzi una tesi contraria alla eccezione che figura così, ben logicamente, come una antitesi; ed allora, se la facoltà eccezionalmente concessa ai parenti del fallito è quella di astenersi dal deporre, si vede che la regola è quella dell'obbligo di deporre; e se tale obbligo esiste di fronte ad un rappresentante dell'autorità giudiziaria, non può altrimenti esistere che in quella forma che la legge della procedura ha stabilita per le persone citate a comparire ed a rispondere davanti al giudice. Il Boulay-Paty ed il Renouard non ammettono questa autorità nel giudice delegato; ed il Renouard così s'esprime in proposito nella relazione sulle modificazioni del Codice di commercio francese, presentata alla Camera dei deputati: « En donnant au juge-commissaire le droit de procéder à une enquête, le projet, pas plus que le code, n'a pu faire de ce magistrat un juge d'instruction, ni créer des moyens de contrainte contre les témoins qui refuseraient de comparaître; si des indices de fraude paraissent resulter de ce refus, le juge-commissaire le fera connaître au ministère public et ce sera dans une instruction criminelle ou correctionelle, que des mandats pourront être décernés, et des peines prononcées contre les témoins refusants » (1). Il Boulay-Paty divide completamente quest'opinione del Renouard, e approva che, per l'articolo 477 dell'attuale Codice di commercio francese (1838), siasi tolta la possibilità d'applicazione dell'art. 263 dell'antico Codice di commercio, articolo che la Camera aveva mantenuto nel 1835, mentre poi nel 1838, sulla relazione del Renouard, abolì interamente (2). Il Calamandrei (3), accennandola, non venne decisamente alla conclusione a cui noi venimmo, scusandosi col dire che generalmente, il giudice delegato d'un fallimento invita i commessi e gli impiegati del fallito e le altre persone che possa aver bisogno di sentire, mediante una lettera di carattere privato e non ufficioso nè ufficiale; e che le persone, così invitate, accorrono tosto all'ufficio del giudice delegato a portargli tutte quelle notizie da essi sapute: il che a noi non sembra affatto infirmare la necessità in cui può trovarsi il giudice delegato di costringere un testimonio, chiamato a comparire, a presentarsi davanti a lui ed a rispondergli; ed è nel caso di questa resistenza o reticenza dei testimoni, che al giudice delegato devono essere assicurati i mezzi per costringere le persone citate, a comparire ed a rispondere.

Comparse davanti al giudice delegato le persone da lui citate, e, se il citato è il fallito, comparso questo, secondo quelle formalità e con quelle garanzie che la legge ha ritenute necessarie in alcune circostanze per assicurarsi del fallito, il giudice delegato passa all'interrogatorio delle persone. Avvertiamo che il fallito, chiamato dal giudice a deporre può farsi rappresentare da mandatario speciale, purchè, a mente degli articoli 698 e 747 del Codice di commercio, avendo giustificato un legittimo impedimento, sia stato dal giudice delegato autorizzato a ciò fare; e la persona a cui fu affidato il mandato dev'essere munita di un atto regolare secondo l'articolo 48 del Codice di procedura civile, onde giustificare legalmente la propria qualità.

Si è, nel principio di questo paragrafo, toccato come sia riservata al curatore la redazione e correzione del bilancio; qui vediamo che il giudice delegato può sentire il fallito, i suoi commessi od impiegati e qualunque altra persona intorno alla formazione ed alla verificazione del bilancio. Sembra in certo modo che il legislatore abbia così istituito un sistema odioso di controllo alle operazioni del curatore intorno al bilancio; perchè se è il curatore il quale compila il bilancio, o, essendo que-

(1) RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 467.
(2) BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, n. 314.
(3) Op. cit., vol. I, pag. 240, n. 275.

sto diggià compilato dal fallito, lo esamina e lo corregge, logica vorrebbe che il giudice delegato dovesse, di conserva col curatore, interessarsi a questa importantissima fra le operazioni della procedura del fallimento, e, d'accordo con lui, prendere quei vari provvedimenti che possono essere ritenuti necessari al caso. Tuttavia, per non suscitare quistioni oziose di fronte al diritto positivo, le notizie che il giudice delegato è autorizzato ad assumere sulla formazione e verificazione del bilancio, interrogando le persone enumerate nell'articolo 730, s'aggirano più che sulla parte tecnica, diremo così, dell'operazione, parte esclusivamente riservata al curatore, sulla parte più generale e che ha un carattere meno spiccatamente amministrativo. La facoltà accordata al giudice delegato ha per iscopo di cogliere via via tutte quelle notizie le quali ponno portar luce sulla qualità giuridica del fallimento, sulla figura che esso può assumere di fronte alla legge positiva, in modo da garantire la società che se dolo, malafede o colpa furonvi da parte del fallito, specialmente, od anche d'altre persone, nel funesto evento, i colpevoli non sfuggiranno a quelle sanzioni che la legge penale commina contro i bancarottieri od i frodolenti. Così la funzione del giudice delegato sembra esorbitare da quel limite concessogli dalla legge commerciale, trasformandolo da semplice autorità tutrice, sorvegliatrice e direttrice della complicata procedura del fallimento, in un vero giudice inquirente.

È certo che tale non fu la mente del legislatore; ma non è meno certo che, nessun limite nè modo essendo imposto all'esercizio della concessa facoltà al giudice delegato, costui, per quella naturale tendenza propria ai magistrati di cadere mai sempre in un sistema inquisitorio di domande, finirà per trasformare in una vera istruttoria processuale l'interrogatorio concessogli a semplice scopo di elucidazioni generiche relative al bilancio. Noi pertanto riteniamo migliori su quésto punto la legge neerlandese e l'austriaca; le quali, ammettendo nel giudice delegato o nel giudice di concorso la facoltà d'interrogare il fallito e i suoi commessi ed impiegati, gliene accordano l'esercizio o in comune coi curatori o coi sindaci del fallimento, oppure in sottordine agli amministratori della massa patrimoniale della fallita. Il giudice delegato deve tuttavia, nell'interrogatorio delle persone che egli è autorizzato a sentire, evitare di scendere ad apprezzamenti che possano invadere il campo riservato al curatore, anche in vista di non esautorare questo principale rappresentante dell'organismo dell'amministrazione; quindi deve limitarsi, anche per non istituire un'istruttoria alla quale penserà poi, se del caso, il Pubblico ministero, ad assumere informazioni generali sulla formazione e verificazione del bilancio, onde scoprire quali crediti furono ammessi e quali esclusi; quali le cause dell'ammessione o dell'esclusione; quali le condizioni preesistenti del patrimonio commerciale del fallito; quale l'ordine della sua azienda commerciale; quale la natura degli affari fatti dal negoziante; quale la quantità del credito goduta da lui; quali le sue abitudini commerciali; e specialmente se nell'imminenza del tracollo ricorse o meno a quei deplorevoli espedienti che, il più delle volte, altro non sono che colposi tranelli messi in opera per trarre in inganno i meno solerti creditori. Così i commessi ed impiegati del fallito, ed anche le altre persone le quali possano aver avuti rapporti di affari o di dipendenza col fallito, potranno, debitamente escussi, fornire i più ampî schiarimenti intorno al fallimento ed alla persona del fallito; schiarimenti tanto più importanti in quanto che vengono da persone che essendo abituate alla pratica commerciale, ponno anche portare veri apprezzamenti tecnici sulla gestione commerciale del fallito e sul come e sul perchè nel bilancio poterono essere accolti certi

crediti ed esclusine altri, messe in attivo certe partite di merci ed altre collocate nel passivo, e così di seguito.

161. *Cosa sieno le cause e le circostanze del fallimento e la trasmissione delle notizie, su di esse raccolte, al procuratore del re.* — Abbiamo veduto nel capo che precede che il giudice delegato è autorizzato ad escutere testimoni, quali, oltre il fallito, i suoi commessi ed impiegati e qualsiasi altra persona, allo scopo di assumere notizie sulla formazione e la verificazione del bilancio; ora troviamo che la stessa autorizzazione fatta al giudice delegato si estende anche alle cause ed alle circostanze del fallimento.

Se può ritenersi utile la intromissione del giudice delegato in ciò che riguarda la formazione e verificazione del bilancio, a maggior ragione deve ritenersi, forse più che utile, necessaria ed indispensabile questa intromissione diretta a mettere in chiaro le cause per cui il fallimento avviene e le circostanze in cui scoppiò la crisi commerciale. Il legislatore parla delle circostanze del fallimento e crea qui una ambiguità che sembra richiedere una breve elucidazione. Ossia volle il legislatore alludere alle circostanze precedenti o contemporanee all'apertura del fallimento, alla dichiarazione giudiziaria del fallimento, o intese anche comprendere le circostanze posteriori alla dichiarazione del fallimento, quelle in cui si svolgono le diverse fasi e le varie operazioni della procedura del fallimento? Si presenta, a nostro vedere, ben tosto la risposta quando si osservi come il legislatore non fissò nè limite di tempo, nè limite di quantità riguardo all'esercizio del diritto concesso al giudice delegato; sicchè se, come è giuocoforza argomentare, potrà egli sentire quando e quantunque volte gli aggradi il fallito, i suoi commessi ed impiegati e le altre persone che possano dargli, sul fallimento, quelle notizie ch'egli ritiene necessarie, non può esser dubbio che il giudice delegato non è tenuto a fermarsi alle sole cause e circostanze precedenti o contemporanee alla dichiarazione del fallimento, ma può benissimo assumere tutte le testimonianze che ritiene opportune, sulle circostanze in cui si svolge l'amministrazione. Così si completa l'adempimento di quello speciale incarico attribuitogli dal tribunale nominandolo a dirigere, sollecitare e sorvegliare tutte le operazioni del fallimento. Se non che si incorre qui pure nell'inconveniente rilevato di fronte alla formazione e verificazione del bilancio; cioè, sembra eccessiva la facoltà concessa al giudice delegato, perchè assume il carattere di uno spionaggio non solamente esercitato contro il fallito, ma anche contro la amministrazione del fallimento, contro il curatore e la delegazione dei creditori; e sembra a noi eccessiva perchè riesce a suscitare una specie di sospettoso antagonismo fra questi tre elementi dell'organismo amministrativo, il quale viene così a perdere la omogeneità e compattezza che sono necessarie a praticare una eccellente amministrazione. Ma, a parlare della legge quale essa si trova cifrata nel Codice, vediamo che scopo abbiano queste investigazioni del giudice delegato sulla formazione e verificazione del bilancio, sulle cause e le circostanze del fallimento. Chiaramente si scorge il perchè di tali investigazioni quando si veda a chi vengano rimesse le notizie per tal guisa raccolte dal giudice delegato.

È il procuratore del re, il rappresentante del Pubblico ministero, il vindice dei diritti e della morale della società, colui cui profittano tali notizie; e così appare un altro lato del complicato meccanismo della legge sul fallimento, rimasto nell'ombra quando, parlando della qualità giuridica del curatore, investigavasi chi egli rappresentasse; abbiamo visto che una teorica, che noi allora subito appuntammo di errore e di esagerazione, pretendeva a serietà scientifica sostenendo che il cura-

tore rappresenti anche la società in quanto i diritti di questa possano essere offesi o calpestati dalle difformi manipolazioni perpetrate dal negoziante per scongiurare la ruinosa catastrofe; ma qui nettamente il legislatore tronca ogni disputa, delineando la persona a cui egli affida la rappresentanza degli interessi e dei diritti della società. Non è il tribunale quello che delegando il giudice alla direzione ed alla sorveglianza del fallimento, gli affida la tutela della moralità e del diritto pubblico; non è il giudice delegato che accoglie in sua propria autorità questo diritto di vendicazione sociale; è il legislatore che, al rappresentante dell'autorità giudiziaria, a chi è chiamato a contenere nei limiti del giusto o dell'onesto i vari diritti ed i vari interessi collidenti nella procedura del fallimento, impone, altresì, l'obbligo non di rappresentare l'offesa società, ma l'obbligo invece di assumere tutte le notizie intorno al fallimento, le quali valgano a mettere nella vera luce i fatti che vi si riscontrano, dando loro forma ed estremi di giuridiche figure. Così sfugge completamente alla giurisdizione del giudice delegato l'apprezzamento giuridico dei fatti sospetti di frode, che per lui si rivelino nelle varie operazioni attinenti, non solo alla procedura del fallimento, quando intervenne la sentenza che lo dichiarò, ma ancora precedenti a questa e contenute in quel periodo di tempo pel quale fu retrotratta la data della cessazione dei pagamenti. Il giudice delegato non può, per quanto sieno gravi i fatti la cui notizia egli ha acquisita, per quanto minacciosi alla integrità del patrimonio del fallimento, prendere provvedimenti i quali pregiudichino la quistione di merito e la istruttoria penale che sgorgano dai fatti scoperti dalle sue investigazioni; egli, senz'altro, trasmette al procuratore del re la notizia come la raccolse, e questo agisce poi con l'autorità idonea che è inerente al suo ufficio. Sicchè, di fronte al Pubblico ministero, il giudice delegato non è rivestito di alcuna giurisdizione; non usa di alcun potere delegato, solo mette a notizia di lui i fatti che rivelano qualche frode. Ed è notevolissima questa destituzione di potere indipendente di fronte al pubblico ministero del giudice delegato; perchè, mentre al pubblico ministero è riserbata dall'articolo 855 una certa prelazione nei casi di bancarotta sulla dichiarazione di fallimento, al giudice delegato, invece, non è riserbato, nei casi di fallimento non doloso, alcun privilegio che equivalga a quello di cui gode, per il cennato art. 855, il Procuratore del Re.

È indubitato poi che il pubblico ministero, a cui vennero trasmesse dal giudice delegato le notizie raccolte non altro che in adempimento dell'obbligo stabilito dall'articolo ora in esame, quando riscontri elementi che possano mettere sulla via di scoprire qualche reato perpetrato dal fallito o da altri nel fallimento, può insistere presso il giudice delegato, prima di istituire una vera istruttoria ed un vero procedimento penale a carico del sospettato reo, perchè passi sullo stesso oggetto a nuove e più profonde investigazioni, senza tuttavia assumere carattere e veste di giudice istruttore.

162. *Parenti del fallito che, chiamati a deporre, possono astenersi. Evidente moralità di tale disposizione.* — Vedemmo come l'eccezione che esime i parenti del coniuge dal deporre, quando sieno citati dal giudice delegato, desse vita alla regola per la quale la deposizione diventava obbligatoria per tutti coloro che nella eccezione dell'art. 730 non fossero compresi. Anche qui la legge non fa nessun obbligo agli ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle e coniuge del fallito circa la deposizione; solo, quando essi, interrogati dal giudice delegato, non intendano rispondere, dichiareranno tale loro volontà, che al giudice sarà sufficiente giustificazione a non insistere di più. Le ragioni, per le quali il legislatore accordò ai parenti del fallito simili facoltà, sono chiare

sì che più non potrebbero esserlo; si tratta di non costringere persone legate dai più saldi vincoli di parentela al fallito, a recargli danno con deposizioni su fatti che forse non sono a notizia di nessun altro; e qui il legislatore non creò già una innovazione, ma introdusse in questa particolare procedura commerciale un principio già adottato nel diritto comune; nel quale pure tutta una categoria di parenti in determinati casi sono autorizzati ad astenersi dal rispondere alle domande del giudice inquirente o dal deporre come che sia in danno o contro il loro parente prevenuto giudizialmente. E siccome non era conveniente il precludere in via assoluta ai parenti del fallito l'adito a deporre qualora le loro deposizioni potessero giovargli, così il legislatore non rese inaudibile tale categoria di persone, ma abbandonò alla loro volontà, allo stimolo dei loro sentimenti, la scelta tra il silenzio e la deposizione.

I vincoli attuali di parentela sono la ragione per cui il legislatore sancì il disposto dell'art. 730 ora in esame. Onde si domanda: non esistendo più, legalmente, al tempo in cui è deferito l'interrogatorio, tali vincoli, la persona citata a rispondere potrà tuttavia valersi della eccezione di detto articolo per rifiutarsi a deporre? Ossia: il coniuge legalmente separato potrà astenersi dal deporre intorno alle condizioni del coniuge fallito? Il Calamandrei (1) non ammette nessun dubbio che anche al coniuge separato spetti la stessa facoltà di astensione. Ma noi vediamo che le ragioni del dubitare sono molte e varie. Vero è che applicando la massima di ermeneutica legale: *ubi legislator voluit dixit, ubi noluit tacuit,* si può venire nella conclusione che, non avendo il legislatore fatta distinzione tra la qualità di coniuge convivente e concorde, e la qualità di coniuge separato e discorde, la qualità preminente e generica di coniuge deve bastare per rendere applicabile anche al coniuge separato la eccezione dell'art. 730: ma, con identica parvenza di attendibilità, si può, *ex adverso,* venire all'opposta conclusione: e cioè, siccome il legislatore contempla la qualità attuale e legale di coniuge effettivo, le disposizioni che in vista di tale vincolo di parentela ha promanate, non esorbitano dalla normalità della condizione di coniugio; quindi non si possono intendere estese anche ad un caso anormale come è quello della separazione legale dei coniugi. Però riteniamo che l'opinione del Calamandrei debba essere accolta qualora in questa guisa essa venga giustificata: le leggi civili italiane non ammettono mai una così recisa separazione personale dei coniugi da rompere, materialmente ed intellettualmente quei vincoli che vennero a stabilirsi colla celebrazione e la consumazione del matrimonio: una prova l'abbiamo nel diritto agli alimenti conservato espressamente in favore di ciascuno dei coniugi, del coniuge pella cui colpa avvenne la separazione dell'altro coniuge (Cod. civ., art. 156).

Non si tratta mai di scioglimento del matrimonio; ciò non avviene che per la morte di uno dei coniugi (art. 148), però senza che vengano rotti quei vincoli di affetto che legavano in vita i coniugi stessi: il legislatore italiano ammette unicamente nella separazione personale dei coniugi, un' attenuazione dei vincoli matrimoniali, non una piena e completa rottura. Così il coniuge separato è ammesso a godere della eccezione sancita dall'articolo 730 capoverso. Se esistesse il divorzio, allora i coniugi divorziati, non essendo più riuniti da alcun vincolo, a nessuno di essi potrebbe giovare una disposizione, come quella che esaminiamo, acquistando, dopo il divorzio, l'uno di fronte all'altro la più completa indipendenza ed estraneità.

In Francia, l'antico Codice di commercio all'articolo 474 proibiva al giudice delegato

(1) Op. cit., vol. I, pag. 241, n. 277.

d'interrogare la moglie ed i figli del fallito. Ma una tale disposizione, diretta a beneficare il fallito e ad appagare la pubblica moralità, in buon numero di casi riusciva invece ad opposte conseguenze; precludendo assolutamente l'adito al giudice ad accogliere, da parte di questi parenti del fallito, notizie e deposizioni che a quello potessero giovare. Il Renouard (1) scoprì alla considerazione delle Camere legislative questo aspetto della disposizione dell'antico Codice di commercio proponendo la soppressione dell'articolo. In luogo della soppressione, su proposta di un deputato, Lavielle, sembrò opportuno alla Camera dei deputati di aggiustare l'art. 474 in modo da renderlo facoltativo da proibitivo che era (2). Ma la Camera dei Pari non accettò la modificazione e votò la pura e semplice soppressione dell'articolo; il Tripier, relatore della seconda Commissione della Camera dei Pari, motivò così la soppressione: " Cette défense a paru à vôtre Commission contraire à l'intérêt des créanciers et à la découverte de la verité. Souvent, dans les premiers jours de la faillite, le débiteur est absent; sa femme, ses enfants, qui ont partagé avec lui les soins de son commerce, peuvent donner des renseignements utiles; que leurs déclarations soient écartées d'une procédure judiciaire, cela est juste; mais doit-on priver les créanciers des lumières qu'ils peuvent y trouver dans leur intérêt purement civil? „ (3). Non sembra forse che data questa motivazione, la conclusione più ovvia dovesse essere quella dell'adozione dell'art. 474, come era stato emendato dalla Camera dei deputati? Pure, invece che alla accettazione dell'articolo modificato, si fece luogo alla cancellazione. Neppure nel Codice italiano abolito si trovava alcuna disposizione analoga a quella del secondo capoverso articolo 730. Ed è ugualmente lodevole questa disposizione dal legislatore italiano sancita, per quanto possa parere troppo illimitata riguardo alle persone cui profitta la eccezione. Noi abbiamo visto che l'articolo 712, in caso di decesso del fallito, concedeva al coniuge superstite, ai figli ed agli eredi del defunto, il diritto di presenziare o di farsi rappresentare alla formazione del bilancio, nell'esame dei libri e nella procedura del fallimento. Abbiamo veduto che l'articolo 714 escludeva dalla amministrazione, come curatori, del patrimonio del fallimento, i parenti ed affini del fallito fino al quarto grado. Così il legislatore limitava in entrambi i casi il numero delle persone, nella qualità di parenti, che potevano o non, partecipare alla procedura del fallimento. Sembra invece che nessun limite sia posto dall'articolo a rinserrare in un più ragionevole spazio la quantità di persone che potranno addurre a scusa della loro astensione dal deporre il disposto dell'articolo 736 secondo alinea.

Ma ivi si parla unicamente degli ascendenti, discendenti, fratelli e sorelle e coniuge del fallito; ora quanto agli ascendenti il loro numero è, per vero limitato, dalla loro qualità che, per l'età, non consente normalmente la coesistenza dell'ascendente e del discendente oltre il grado di bisavolo e di bisnipote; è non è forse a dirsi la stessa cosa della discendenza? Queste due forme di parentela, discendente ed ascendente, sono fra loro legate con un rapporto reciproco di causa ad effetto, e reciprocamente, in virtù del quale non è possibile che un discendente, già ben distanziato dal capo stipite o da un ascendente lontano, possa con questo coesistere; quindi se il legislatore non pose un limite positivo scritto alla parentela che può giovarsi dell'art. 730 secondo alinea,

(1) Op. cit., vol. I, pag. 467.

(2) L'art. 474, modificato, disponeva: " ..... la femme et les enfants du failli ne pourront être interrogés (interpellés), sauf au juge-commissaire à recevoir leurs déclarations volontaires „.

(3) Citato e riferito, v. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 468.

si fu, evidentemente, perchè esiste diggià un insuperabile limite naturale, che ognuno vede qual sia.

Il legislatore non sembra fare alcuna distinzione tra i discendenti legittimi, naturali, riconosciuti e di adozione; noi riteniamo che qui si abbia riguardo contemporaneamente ed egualmente ai vincoli di sangue, sieno essi dalla sola natura consacrati o dalla legge, ai vincoli di gratitudine, di riverenza e di affezione che legano tra loro individui allietati dall'affetto riconoscente di un discendente adottivo. Quindi, nessuna diversità può esservi tra queste varie qualità dei discendenti; e per essi sussiste sempre intiera la facoltà accordata dall'art. 730. Vi può essere forte cagione a dubitare, per ciò che riguarda l'applicabilità del disposto in esame ai figli di un coniuge unitosi in matrimonio, dopo la morte del primo coniuge, con un'altra persona, la quale è, attualmente, il coniuge fallito. Se non è neppure a toccarsi del pieno diritto nel coniuge di valersi della facoltà d'astensione a mente dell'articolo 730, non così è a dirsi riguardo ai figli del coniuge astensionista. Costoro non sono legati da nessun rapporto di parentela col fallito, il quale non è loro ascendente come essi non sono suoi discendenti; quindi non può dirsi ch'essi sieno compresi nella disposizione che accorda il diritto di astenersi; ma, tuttavia, anche costoro vissero col fallito in quella intimità famigliare, in quella partizione di cure e di affetti, di tema e di speranze, che cementano nella vera famiglia gli affetti e li rendono indissolubili: anche costoro possono essere in condizioni di sapere fatti che, portati a notizia del giudice delegato, riescano ad un danno terribile pel fallito; anche costoro possono essere inconsci ministri di obbrobriose delazioni. Materialmente, per riguardo a notizie che rimarrebbero, e dovrebbero rimanere, confinate nei penetrali sacri ed inviolabili della famiglia, questa categoria di persone in nulla si diversifica dalla categoria dei veri discendenti, dei figli; dunque sotto questo aspetto anche ad essi dovrebbe intendersi estesa la eccezione dell'art. 730 secondo alinea: ed è ciò che noi non esitiamo ad affermare (1).

—

Art. 731.

Se contro il fallito latitante sia spedito il mandato di cattura, o egli tema che ciò possa aver luogo, il giudice delegato, sopra sua domanda, riconosciuta mediante ordinanza la necessità di sentirlo personalmente, può richiedere il procuratore del Re affinchè provochi la concessione di un salvocondotto dal giudice penale competente.

Art. 732.

Se il fallito si trova in istato di arresto, il giudice delegato può sentirlo qualunque volta ne abbia bisogno, o ne sia richiesto dal curatore o dalla delegazione dei creditori, facendone domanda al giudice istruttore.

(1) Non troviamo nè in trattatisti stranieri, nè in trattatisti italiani, nè nelle varie giurisprudenze consultate, pure un accenno alle questioni che venimmo toccando; ciò è deplorevole, come è deplorevole si debba ricorrere unicamente a scrittori di diritto civile ed ai principii generali sulla figliazione, in molte altre quistioni che da questo articolo 730 hanno vita.

Sommario.

163. *Audizione del fallito latitante.*
164. *Il procuratore del Re, il giudice penale e il salvocondotto richiesto dal giudice delegato.*
165. *Audizione ed interrogatorio del fallito in istato d'arresto.*
166. *Domande d'audizione del fallito arrestato, proposte dal curatore e dalla delegazione.*

163. *Audizione del fallito latitante.* — Il Codice abolito non contempla il caso della latitanza del fallito; però, incidentalmente, si potrebbe dedurre che il legislatore del 1865 ha alluso a questa condizione del fallito quando, nel terzo alinea dell'art. 583, parla del fallito il quale, non essendo in istato d'arresto, abbia ottenuto un salvocondotto, e possa quindi comparire personalmente o per mezzo di mandatario. Ed è tanto più notevole questa mancanza di una precisa disposizione riguardante la latitanza del fallito, inquantochè all'epoca della codificazione abolita e fino al 1877, per un lungo periodo, visse l'istituto dell'arresto personale per debiti; istituto questo che porgeva un non indifferente incentivo al fallito ad involarsi, con una fuga opportuna, alla prigionia (1). Notisi ancora che tutte le disposizioni contenute negli articoli 580, 581, 583 sono emanate in vista di mettere la legge commerciale in rapporto coll'istituto dell'arresto personale, partendo il legislatore dal presupposto che l'autorità si fosse di già impadronita della persona del debitore su domanda dei creditori.

Ugualmente, nel Codice francese, gli articoli 472 e 473 partono dal presunto arresto o custodia del fallito, per disporre della di lui temporanea scarcerazione, obbligandolo o no a prestare una cauzione.

Abolito l'arresto personale per debiti e rinnovata la legislazione commerciale, il legislatore italiano cancellò dal nuovo Codice tutte quelle disposizioni che avessero contenuta una anche longinqua allusione allo antico istituto dello arresto personale; sicchè quando vediamo nell'articolo 731 parlare di latitanza del fallito e di mandato di cattura spiccato contro di lui, e nell'art. 73 di stato d'arresto del fallito, dobbiamo tosto rifarci alle condizioni di bancarotta in cui può esser caduto il fallito, e quindi concludere che la latitanza, il mandato di cattura e l'arresto, hanno la loro ragion d'essere nel reato scoperto, e non nel bisogno di assicurarsi della persona del fallito per dar attuosità alla esecuzione personale sul debitore. Avvertasi ancora che il Codice antico autorizzava l'autorità giudiziaria a sciogliere il fallito in istato d'arresto, dietro prestazione d'una cauzione in danaro, fissata dal tribunale e devoluta alla massa dei creditori in caso di fuga del liberato fallito. Le nuove leggi penali e di procedura penale accordano la libertà provvisoria; la quale può al fallito essere concessa, come si ricava dal confronto dell'articolo 205 Cod. proc. pen. coll'articolo 867 Codice di commercio e coll'articolo 13 Codice penale nuovo, quando la pena sia della reclusione; non sarà concessa se invece si tratta di lavori forzati.

Il Codice di commercio contempla, adunque, anzitutto il caso in cui il fallito sia latitante e contro di lui sia spedito mandato di cattura; poi il caso in cui, non essendo ancora spedito il mandato di cattura ed il fallito essendo latitante, vi sia timore che il mandato possa essere spedito: in ambidue le ipotesi il fallito, il quale creda essere nel suo interesse di presentarsi a deporre personalmente sulle domande intorno alla formazione del bi-

(1) Vedi il mio " Arresto personale per debiti „ nel *Digesto Italiano*.

lancio, alla sua verificazione, o intorno alle cause ed alle circostanze del fallimento, a norma dell'articolo 730, può domandare al giudice delegato che provochi il Procuratore del Re a farsi rilasciare un salvocondotto in suo favore dal giudice penale competente. Il giudice delegato, adunque, per l'articolo 731, non ha autorità di richiedere per sua sola giurisdizione il salvocondotto; ma, ricorrendo gli estremi della latitanza, dello spiccato o dello imminente mandato di cattura, è solo il fallito il quale può, e nel suo interesse, domandare al giudice di ottenergli il salvocondotto; dunque il giudice delegato è un tramite fra il fallito e il Procuratore del Re, come il Procuratore del Re è un tramite fra il giudice delegato ed il giudice penale competente a rilasciare il salvocondotto.

Gli estremi necessari per dar vita alla domanda del fallito sono: la sua latitanza, il mandato di cattura già spiccato o prossimo ad esserlo; la necessità di essere sentito personalmente nel fallito. Vi sarebbe poi un altro estremo che si spicca dal terzo che abbiamo delineato e sarebbe: la necessità della personale comparizione del fallito, riconosciuta dal giudice delegato al quale il fallito rivolse domanda di salvocondotto. Sul primo di questi estremi nulla è a dire; giacchè l'assenza del fallito dal luogo del suo abituale domicilio, od anche dalla sua abituale residenza d'affari commerciali, all'epoca in cui viene ad essere dichiarato il fallimento, senza che tale assenza si possa credibilmente giustificare, costituisce la latitanza del fallito. Un po' più dubbia si presenta la quistione riguardo al mandato di cattura; ma non quando il mandato di cattura sia spiccato, quando bensì il mandato sia per essere spiccato contro il fallito. Il legislatore dice: " se contro il fallito latitante sia spedito mandato di cattura, o *egli tema che ciò possa aver luogo*..... ". Dunque, la eventualità della concessione del salvocondotto viene per tal guisa a dipendere da due diverse cause o ragioni: la prima, che ha la sua origine in un fatto compito per parte della autorità giudiziaria penale competente; la seconda, che dipende unicamente dalla coscienza del fallito, dalla opinione che è in lui d'essere suscettibile di costrizione penale. La prima suppone che sia di già a notizia dell'autorità giudiziaria penale il reato perpetrato dal fallito, e che il fallito, ben conoscendo quali sono le sue condizioni, abbia cercato di allontanarsi dalla mano *paterna* del giudice penale; la seconda suppone la ignoranza, da parte della autorità giudiziaria penale delle vere condizioni del fallimento, contemporaneamente alla precisa cognizione della verità da parte del fallito, il quale, conscio così della sua colpa, deve, ben naturalmente, vivere in angoscia continua che la verità venga a conoscersi, e quindi paventare le conseguenze per lui disastrose della scoperta; onde il legislatore si dimostrò ben consumato psicologo quando distinse il caso del mandato effettivamente spiccato dal caso in cui il mandato non lo sia ancora, ma attenda quasi al varco il fallito che, con una imprudenza, venga a cadere nelle maglie della legge. Ma non solo al fallito è, in certo modo, data in balìa la propria libertà, facendolo arbitro di domandare un salvocondotto, riconoscendo così l'idoneità sua ad essere penalmente perseguitato, ma è concessa una seconda cautela dipendente dal giudice delegato. Il quale quando riceva la domanda del fallito di procurargli dalla autorità competente un salvocondotto, può negarlo quando non riconosca la necessità di sentire personalmente il fallito, o può, in luogo di concedere il salvocondotto, riconoscendo la necessità di sentirlo, rinunciare a sentirlo personalmente, ed autorizzarlo a presentarsi con mandatario (art. 698 e 747).

Alcuni autori (1) credono che il fallito

(1) Ad esempio il CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 242, n. 278.

possa richiedere il salvocondotto quantunque non ancora latitante; evidentemente per la tema che si spicchi contro di lui un mandato di cattura. Noi non siamo di questa opinione, perchè essa deriva più che da un vero criterio, da una fallace interpretazione dell'articolo 731; di fatto questi autori dicono che il salvocondotto può essere dato quand'anco, non essendo il fallito latitante nè essendo spiccato mandato di cattura, egli voglia presentarsi personalmente al giudice delegato per assistere alla procedura del fallimento: invece la latitanza è la condizione, per noi, più necessaria per ottenere il salvocondotto; perchè è appunto la latitanza che dà a dubitare della frodolenza nel fallimento e quindi dell'arrestabilità del fallito, e quindi ancora è la latitanza che rende opportuno il salvacondotto. Notisi poi che, una volta ottenuto il salvocondotto, il fallito non può più esimersi dal presentarsi (art. 857, n. 4), sotto pena di essere dichiarato in bancarotta semplice; dunque, se il fallito è libero di presentarsi richiedendo un salvocondotto, non è più libero di non usare di questo se lo ottenne, non presentandosi. Dal che si ricava un nuovo aspetto della autorità del giudice delegato; perchè quando, mediante un'ordinanza, riconosca la necessità di sentire il fallito, e per ciò sulla costui domanda richieda il salvocondotto, questo accordato, non può il fallito sconoscere la vantata necessità del presentarsi, tramutatasi in obbligo, non rispondendo alla ingiunzione del giudice delegato. Ed è qui pure notevole la trasformazione che subisce, nel seguire la prescritta procedura, la domanda del fallito, o meglio a che esito conduca tale domanda: diretta ad ottenere una facoltà, in effetto invece non provoca che una obbligazione pel fallito, ed una obbligazione che è resa efficace da una sanzione penale.

Sembrerebbe, dato il carattere obbligatorio che fa alla presentazione personale del fallito il salvocondotto, una volta ottenuto, che il giudice delegato potesse d'ufficio, riconosciuta la necessità di sentire personalmente il fallito latitante, chiedere, con la prescritta procedura, al giudice competente un salvocondotto; invece il legislatore ha precisamente stabilito in questo articolo 731, che *solo* sopra domanda del fallito possa rilasciarsi un salvocondotto, e che il giudice delegato, solamente dopo aver esaminata la domanda del fallito e riconosciuta, con ordinanza, la necessità di sentirlo personalmente, debba interessarsi al rilascio del salvocondotto. A nostro parere, la disposizione della legge è monca a questo proposito e diremo, anzi, ha quasi equivocato; perchè veri giudici dell'opportunità di sentire il fallito personalmente essendo, meglio assai dello stesso fallito, il giudice delegato, o il curatore, o la delegazione dei creditori, ai quali è accordata, in diversi momenti della procedura del fallimento, la facoltà di sentire il fallito, sembra che a costoro dovesse, in conformità della facoltà concessa, essere attribuita anche la facoltà di proporre, o d'ufficio o di propria iniziativa, la domanda di salvocondotto per costringere il fallito a presentarsi; poi, a giustificare il qualificativo di monca disposizione di legge che abbiamo applicato all'articolo 731, diremo che il legislatore doveva, quanto meno, accordare anche ai vari organismi dell'amministrazione la facoltà che invece riserbò unicamente al fallito. Nè a scusa di ciò valgono le disposizioni, già toccate, e che meglio si svolgeranno a loro tempo (1), degli articoli 747 e 856; giacchè queste non possono in nulla modificare la portata dell'articolo in esame, nè concedere, per derivazione, una facoltà che nessuno dei citati articoli accenna.

(1) Trattandosi dei reati in materia di fallimento, svilupperemo ciò che riguarda il salvocondotto nella dottrina e nella giurisprudenza.

164. *Il Procuratore del Re, il giudice penale e il salvocondotto richiesto dal giudice delegato.* — Tra la disposizione dell'articolo 731 e quella del terzo alinea articolo 747, le quali l'una l'altra si completano, corre tuttavia un notevolissimo divario; dacchè la prima, quella cioè dell'art. 731, tratta della domanda del salvocondotto, laddove quella dell'articolo 747, terzo alinea, supposta di già presentata la domanda di salvocondotto e questa non ottenuta, dà al giudice delegato la facoltà di autorizzare il fallito a presentarsi per mezzo di mandatario; chiaramente si vede che il divario tra le due disposizioni scaturisce per l'appunto da questo carattere di rimedio che l'una assume di fronte all'altra. Ma la ragione di questo rimedio che alla disposizione dell'articolo 731 apporta la disposizione del terzo alinea articolo 747, prende nascimento dallo stesso articolo 731; nel quale si afferma la necessità in cui deve trovarsi il giudice delegato di sentire personalmente il fallito, perchè possa essere richiesto il procuratore del Re affinchè provochi la concessione del salvocondotto dal giudice penale competente.

Quindi oltre gli estremi richiesti per la domanda di salvocondotto, i quali agiscono come ostacoli opposti alla possibilità di ottenerla, qui insorge un altro ostacolo; il quale non ha più il carattere d'estremo, ma ha invece il carattere nuovo di limite alla facoltà accordata in diverso modo, al giudice delegato ed al fallito. Come il giudice delegato è arbitro per ciò che riguarda la constatazione della necessità di sentire personalmente il fallito, il giudice penale competente è arbitro riguardo alla concessione del salvocondotto. Se il giudice delegato non riconosce la necessità di cui parla l'articolo 731 quando il fallito domandi salvocondotto per essere personalmente sentito, dovrà ritenersi ugualmente arbitro il giudice penale competente di concederlo? L'art. 731 non pone in un vincolo assoluto di necessarietà, di conseguenza, la riconosciuta necessità di sentire il fallito o l'obbligo nel giudice delegato di chiedere a tale scopo il salvocondotto; ma, alla richiesta del salvocondotto attribuisce un carattere di facoltatività, resa apparente dalla locuzione del legislatore. Egli dice che " il giudice delegato..... riconosciuta mediante ordinanza la necessità di sentirlo personalmente (il fallito) *può* richiedere..... un salvocondotto..... "; dunque la necessità di sentire personalmente il fallito non vincola il giudice delegato a richiedere il salvocondotto. A questo punto si presenta una domanda che ha la sua ragione nell'articolo 747, 3° alinea, e cioè: se il giudice delegato non ha creduto opportuno di chiedere il salvocondotto, potrà all'uopo di sentire personalmente il fallito, autorizzarlo a presentarsi per mezzo di mandatario? Il citato alinea dell'articolo 747 accenna al solo caso in cui il salvocondotto non sia stato ottenuto; quindi non dice se la mancanza di salvocondotto sia dovuta al giudice delegato, il quale non lo domandò, o al giudice penale, il quale non lo concesse. Ci si presenta questa soluzione del dubbio; il giudice delegato, tanto se non credette opportuno chiedere il salvocondotto pel fallito, quantunque avesse riconosciuta la necessità di sentirlo personalmente, quanto se il giudice penale competente a concederlo non volle accordarlo, potrà sempre valersi del disposto dell'articolo 747, terzo alinea, ed autorizzare il fallito a presentarsi per mezzo di mandatario; così si fa manifesto come l'articolo 747, alinea 3°, integri l'articolo 731. Nè ciò solo si ricava dall'avvicinamento e dal raffronto di questi due articoli; eziandio rimane dimostrata la piena libertà del giudice penale, adìto per la concessione del salvocondotto, a non concederlo, per quanto il giudice delegato abbia ritenuta, nella sua ordinanza, impellente la necessità di sentire personalmente il fallito.

Passiamo ora alla funzione riserbata al

procuratore del Re in questa bisogna. La legge non accorda al Pubblico ministero alcuna parte principale nella concessione del salvocondotto: lo frappone come tramite fra il giudice delegato e il giudice penale, il quale può concedere il salvocondotto. Tuttavia la legge, scrivendo che il Procuratore del Re provoca o deve provocare la concessione del salvocondotto, viene a sancire quasi una particolare autorità del Procuratore del Re sul giudice penale, autorità che è ben lontana dall'esistere. Sembrerebbe, inoltre, contrariamente a quello che abbiamo detto più sopra, che, qualora il giudice delegato richieda la concessione del salvocondotto, il giudice penale competente non possa esimersi dal concederlo: la locuzione per la quale il giudice delegato insta presso il Procuratore del Re affinchè esso *provochi* la concessione del salvocondotto, non cela, forse, una espressa ingiunzione al giudice penale di concedere il salvocondotto? Ciò non crediamo; e di tale nostra opinione esponemmo più addietro la causa. Il Procuratore del Re riceve adunque la richiesta del giudice delegato, stesa in una apposita ordinanza, e la presenta al giudice penale competente, il quale poi esamina se sia opportuno o no dare esito favorevole alla domanda. Indubbiamente nel passaggio della richiesta del giudice delegato fra le mani del rappresentante il pubblico ministero, questi non può opporsi al proseguimento della richiesta per la via che le è assegnata; ma, a giustificazione di questa sua intromissione, crediamo che il Procuratore del Re possa esporre in contrario il suo parere perchè non si conceda il salvocondotto, rimanendone pur tuttavia al giudice penale libera la concessione o la negazione; quindi anche in questo caso, la locuzione, veramente infelice, dell'art. 731, non costringe il Procuratore del Re ad appoggiare la domanda del giudice delegato; ma, mentre egli non può non presentare al giudice penale la domanda stessa, rimane libero tanto d'astenersi dall'esprimere qualunque giudizio quanto di mostrarsi sfavorevole alla concessione, quanto di esprimersi invece favorevolmente.

La legge non fissa la durata del salvocondotto: invece stabilisce che la concessione può esserne condizionata; può, cioè, imporre al fallito la prestazione di una cauzione, della quale il giudice penale fissa l'ammontare e la natura.

Come si risolverà la questione della durata del salvocondotto? Dovrà esso ritenersi valido per un periodo già fissato, contemporaneamente alla sua concessione, oppure sarà valido per tutto il tempo in cui il fallimento rimane aperto? Il Boulay-Paty (1) su questo proposito scrive: " Hors le cas de révocation, le sauf-conduit produit son effet jusqu'à l'expiration du terme que le tribunal aurait déterminé, et, si sa durée n'est pas limitée, jusqu'à la dissolution de l'union, quand même plusieurs années se seraient écoulées depuis son obtention: quand même le failli aurait cessé de suivre les opérations de la faillite ". Notisi però che il commercialista francese veniva ad una tale amplissima conclusione, vigente uno stato di cose ben diverso da quello che oggi circondi l'applicazione del Codice di commercio; allora la memoria dell'arresto del fallito fatto per conto dei creditori come esecuzione personale, non come una pena, era recente; epperò seguendo l'indirizzo di quella opinione pubblica che aveva imposta l'abolizione dell'arresto personale per debiti, gli autori, come i tribunali e le Corti, cercavano di limitare anche di fronte alla nuova legge il numero dei casi in cui fosse applicabile quel crudele *jus in personam* e di attenuarne il rigore quando venisse applicato. Ma oggi già da lunghi anni non esistendo l'istituto, di cui l'interpretazione dottrinale

(1) Op. cit., vol. I, n. 269.

e giudiziale della legge mirava cancellare il ricordo, e l'arresto del debitore avvenendo solo come pena o come prevenzione per assicurarsi a scopo di pena della persona del fallito, conviene dare una interpretazione più ristretta a dettato della legge.

Quindi, se il salvo condotto non porta di già la fissazione della sua durata è a ritenersi che esso sia valido per tutto il tempo in cui dura il fallimento? Oppure sarà valido solo per il tempo in cui il giudice delegato può, proficuamente, escutere il fallito? Il Calamandrei risponde nettamente che, non solo il salvo condotto non può essere valido per tutto il tempo in cui rimane aperto il fallimento, ma che non può neppure esserne fissata la durata per tutta quell'epoca. Il salvo condotto non è valido che per quel tempo in cui si può fungere l'audizione del fallito da parte del giudice delegato, e deve essere fissato e e rinnovellato di volta in volta quando si presenti la necessità di nuovi abboccamenti col fallito (1). Tuttavia, noi riteniamo che, siccome il legislatore non ha fissato nessun limite di durata alla validità del salvo condotto, così questa fissazione sia completamente abbandonata al senno del giudice che deve concederlo. Epperò, se il giudice penale competente a concedere il salvocondotto, non crede opportuno accordarlo per tutta la durata del fallimento, deve fissarne, contemporaneamente alla concessione, la durata; e riteniamo che in mancanza di tale fissazione il salvocondotto debba ritenersi valido fino a quando si chiude il fallimento o la sua necessità viene a mancare per la soluzione civile e penale della procedura favorevole al fallito (2). Tuttavia, il salvocondotto può essere revocato qualora l'autorità, dalla quale dipende la concessione ritenga opportuno assicurarsi del fallito, come vedremo proseguendo in cotesto commento.

Riteniamo inutile insistere sulla necessità della materiale ed effettiva concessione del salvocondotto; il quale non potrà essere sostituito da alcuna altra tacita od espressa indulgenza o ingiunzione, dirette ad attrarre il fallito a presenziare la procedura e l'amministrazione del fallimento, od ingiungergli, anche giudizialmente, di comparire (3).

165. *Audizione ed interrogatorio del fallito in istato d'arresto.* — Come l'articolo 731 parla unicamente della latitanza del fallito, così l'art. 732 che ora prendiamo in esame, tratta soltanto della condizione d'arresto in cui si trovi il fallito. E qui, naturalmente, trattandosi di un prevenuto, il quale è a disposizione dell'autorità giudiziaria penale, non è più lo stesso giudice che bisogna adire per ottenere il permesso d'interrogare il fallito: è, invece del giudice di commercio, il giudice istruttore; e siccome quest'autorità è già sufficientemente edotta intorno alle circostanze penali del fallimento, non vi è più il tramite del Procuratore del Re, che vigili sull'opportunità di concedere il salvocondotto, ma basta che la domanda sia direttamente fatta al giudice istruttore. Le funzioni di polizia giudiziaria del tribunale giudicante in sede di commercio, si limitano alla emissione del mandato di cattura; e qui si vede quale fosse il giudice penale competente a rilasciare il salvocondotto; ma una volta avvenuto l'arresto del delinquente, questo è messo a disposizione dell'autorità penale che sola può decidere della opportunità di concedere l'audizione del prevenuto.

L'art. 731 accorda al solo fallito il diritto di chiedere il salvocondotto per essere

(1) Op. cit., vol. I, pag. 242, n. 278.

(2) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, p. 351, § 300.

(3) L'articolo 695 del Codice concede ai defunti tribunali di commercio di profferire ordinanza di cattura contro il fallito, quando questa sembri opportuna. Coll'abolizione dei detti tribunali (aprile 1888) la stessa facoltà è accordata ai tribunali civili giudicanti in sede commerciale.

personalmente sentito; ed avvertimmo che il legislatore seguì un criterio troppo restrittivo: invece un criterio più ampio e, quindi, più consentaneo agli interessi del fallito e della massa dei creditori non che a quelli della pubblica moralità, è quello a cui s'informa l'art. 732; per esso non è, soltanto al giudice delegato, data la facoltà di sentire il fallito in istato d'arresto, ma è pure ugualmente accordato al curatore ed alla delegazione dei creditori, e per essa al suo presidente (art. 726), di domandare, per mezzo del giudice delegato, al giudice istruttore autorizzazione di sentire il fallito.

Tuttavia sembra che il legislatore dovesse qui pure accordare al fallito autorizzazione di chiedere al giudice istruttore di poter presenziare agli atti più importanti della procedura del fallimento o di essere sentito dal curatore, dalla delegazione dei creditori o dal giudice delegato.

La legge non dice se coll'articolo 732 si accordi, alle persone ivi contemplate ed alle quali si assicura di sentire il fallito in istato d'arresto, un vero diritto al quale il giudice istruttore non possa fare opposizione, piuttosto che una autorizzazione, la quale non può efficamente essere usufruita, se non s'ottenga il beneplacito del giudice istruttore. Ma è evidente che la legge ha lasciato al prudente arbitrio del giudice istruttore, salvo reclamo in contrario, l'accordare o no evasione favorevole alle domande di sentire il fallito: quindi è anche il giudice istruttore quello che potrà limitare il numero delle volte in cui le persone interessate potranno sentire il fallito; giacchè il legislatore assicura a queste persone una illimitazione nell'esercizio della facoltà loro accordata, che solo nell'autorità del giudice istruttore trova confine.

166. *Domande d'audizione del fallito arrestato, proposte dal curatore e dalla delegazione.* — L'articolo 726 sulla delegazione dei creditori dice, che la delegazione, ed anche il *solo presidente*, ha diritto di sentire in ogni tempo il fallito; qui l'articolo 732 sembra infirmare la disposizione dell'articolo 726 dicendo che è la delegazione dei creditori la quale può fare domanda di sentire il fallito che sia in istato d'arresto. Ora l'articolo 726 stabilisce come principio generale, un diritto della delegazione; e poi, quando questo diritto trova una particolare attuazione, come è nel caso di sentire il fallito in istato d'arresto, il legislatore tace in riguardo alla concessione dello stesso diritto al presidente della delegazione. La disposizione del legislatore si offre a due antitetiche interpretazioni; una favorevole all'estensione del principio sancito all'art. 726, l'altra favorevole alla eccezione a quel principio. Di fatto, se il presidente, come è precisamente stabilito anche dalla locuzione dell'inciso dell'articolo 724, figura per la facoltà di sentire il fallito, come rappresentante legittimo della delegazione dei creditori, nessun dubbio vi ha più, riguardo alla facoltà eccezionale di sentire il fallito in istato d'arresto; perchè la facoltà generica di sentire il fallito non cambia natura per quanto ha tratto colle persone alle quali è attribuita, se trova una speciale applicazione nel caso in cui il fallito sia arretato: dunque, applicando il principio dell'art. 726, anche il solo presidente della delegazione può sentire, o domandare di sentire, il fallito in istato d'arresto.

Veniamo alla seconda interpretazione che forma l'antitesi, dicemmo, della prima. La condizione d'arresto in cui può trovarsi il fallito è una condizione che deve essere considerata eccezionale, quindi eccezionali sono pure le disposizioni che da essa prendono nascimento. Così, se l'articolo 726 ha stabilito la regola che il fallito possa in qualunque tempo essere sentito dalla delegazione od anche dal solo presidente di questa, non ha, però, precluso l'adito alle eccezioni che a quella regola si potessero opporre. Il principio generale dell'art. 724 è che, *in ogni tempo*, delegazione dei creditori e presidente possano sentire il fallito;

ma *in ogni tempo* non si può intendere *in ogni condizione* in cui il fallito possa trovarsi, a meno di estendere l'espressione avverbiale del tempo a comprendere anche l'espressione che riguarda, non il tempo, ma le cause del fallimento e le condizioni particolari in cui può svolgersene la procedura o può trovarsi il fallito. Da qui si presenta la illazione che non è a considerarsi l'articolo 732 e la disposizione ivi sancita, come una continuazione, un ampliamento dell'articolo 726, ma è invece a ritenersi come una eccezione stabilita a quell'articolo, così come eccezionale devesi considerare la condizione del fallito quale è quella contemplata dall'articolo 732.

Raccogliendo ciò che da queste argomentazioni deriva, si ha che la facoltà concessa alla delegazione dall'art. 732 non è estensibile al solo presidente di questa. Ma noi, già nel principio del numero precedente, abbiamo detto che anche il solo presidente della delegazione può sentire il fallito in istato di arresto, essendo il presidente della delegazione l'unico mandatario legittimo di questa e il suo naturale e legittimo rappresentante; per il che, ripetendoci, affermiamo che, non accettando la seconda interpretazione dell'articolo 732 da noi data, ma invece ritenendo la prima più consentanea allo spirito della legge ed ai bisogni della procedura del fallimento, anche *il solo presidente* della delegazione dei creditori può sentire il fallito in istato d'arresto (1).

Se non che, a questo punto, insorge un dubbio che può sconvolgere, nella sua affermazione ad autentica interpretazione dell'articolo 732, tutto ciò che venimmo dicendo sulla facoltà concessa non solo alla delegazione dei creditori, ma benanco al curatore stesso. Gli è, però, la mancanza di questa autentica interpretazione, la quale non si trova, nella motivazione dell'art. 732, inserta nei verbali della Commissione per gli studi preparatori dell'attual Codice di commercio, nè dichiarata nelle varie Relazioni e delle Commissioni e del Ministro guardasigilli, che toglie ogni possibilità d'avveramento a questo dubbio.

Il legislatore dice, all'articolo 732, che trovandosi il fallito in istato d'arresto il giudice delegato *può sentirlo* qualunque volta ne abbia bisogno *o ne sia richiesto* dal curatore o dalla delegazione dei creditori. Qual'è, ora, la prima interpretazione che viene direttamente dalle parole stesse della legge? Nessuno può dissimularsi che dessa non sia la seguente: — il giudice delegato, cioè, sia di sua iniziativa, che su domanda del curatore o della delegazione dei creditori, può sentire, qualunque volta ve ne sia bisogno, il fallito in istato d'arresto. — Dunque, non è già il curatore o la delegazione dei creditori o il presidente di questa, che possono, qualunque volta ne abbiano bisogno, sentire il fallito in istato d'arresto, quando il giudice istruttore, debitamente richiesto in proposito dal giudice delegato, ne abbia accordata la facoltà; è, invece, il giudice delegato che è autorizzato a sentire il fallito arrestato, tanto per conto proprio, quanto per conto del curatore o della delegazione dei creditori. Ed in mancanza di giurisprudenza che abbia data una qualsiasi interpretazione all'articolo in esame; in mancanza di dottrina, giacchè i trattatisti di diritto commerciale italiano su questo articolo si taciono, dicendo troppo chiara la disposizione per perder tempo a commentarla; in mancanza di qualsiasi legame tra le disposizioni degli articoli 500, 581 del Codice italiano di commercio abolito e quelle degli articoli 472, 473 dell'attuale Codice di commercio francese, con la disposizione in esame dell'articolo 732, rimane innegabilmente difficile il trovare la via giusta in questa arruffata matassa che è il Codice di commercio italiano, ove ogni chiaro concetto è smarrito *sicut iter in silvis*.

Però, a voler interpretare utilmente alla

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 243, n. 277.

procedura del fallimento ed a seconda del supponibile spirito della legge, quest'articolo, si deve venire alla conclusione che la equivoca locuzione usata dal legislatore non può far velo alla *naturale*, diremo così, interpretazione della legge: quindi, per quanto suffusa di nebbia, la disposizione dell'articolo 732, per noi non può essere altra che la seguente, cioè: — il giudice delegato, quando il fallito si trovi in istato d'arresto, può sentirlo per proprio conto qualunque volta ciò gli sia necessario; deve poi far domanda al giudice istruttore perchè anche il curatore e la delegazione dei creditori ottengano di sentire il fallito arrestato, quando essi, ritenendo questo necessario, lo abbiano richiesto di ciò fare.

Si presenta da ultimo una questione che, essa pure, dipende dalla lettera della legge; e cioè: il giudice delegato, al quale il curatore o la delegazione dei creditori abbiano diretto domanda di sentire il fallito che si trova in istato d'arresto, potrà non tener conto di tale domanda e non chiedere, quindi, al giudice istruttore la necessaria autorizzazione per il curatore e la delegazione dei creditori? Quella di sentire il fallito per proprio conto, come quella di dar evasione alle domande del curatore e della delegazione dei creditori, è puramente una facoltà concessa al giudice delegato; e, come tale, non si può concepire alcuna costrizione diretta ad astringerlo all'uso di tale facoltà; il legislatore in simile caso in luogo della frase " il giudice delegato *può* sentire „ avrebbe usata l'altra, più efficace e precisa, " il giudice delegato *deve* sentire „; quindi sembra, che la richiesta del curatore e della delegazione dei creditori sia ben lontana dal costringere il giudice delegato ad evaderla favorevolmente. Tuttavia noi crediamo che qui sia propriamente il caso di ripetere quello che Dracone, il terribile legislatore ateniese, rispose a chi gli osservava come egli, in tanto rigore di pena, non n'avesse sancito alcuna per il parricidio; " non posso credere, rispose il nomoteta, che un figlio porti la micidiale destra su chi lo diede al tepor dolce del sole „; così il legislatore commerciale italiano non potè credere che il giudice delegato voglia rifiutarsi alla domanda del curatore e della delegazione dei creditori: però è deplorevole che non abbia usata una maggior chiarezza d'esposizione e proprietà di linguaggio; perchè gli equivoci ed i dubbi, sempre in ogni cosa importuni, sono poi particolarmente pericolosi nella interpretazione delle leggi.

Ancora lo stesso dubbio, che però trae nascimento da altra cagione, si presenta riguardo al giudice istruttore. Sembra che il legislatore abbia inteso fare obbligo al giudice istruttore di accordare sempre la permissione d'interrogare, di sentire il detenuto fallito, quando alcuna delle persone, alle quali è accordata facoltà di sentirlo, ne facciano domanda. La legge dice che facendone domanda al giudice istruttore il giudice delegato può sentire qualunque volta ne abbia bisogno il fallito in istato di arresto: da ciò facile e logica la illazione che la domanda fatta al giudice istruttore non può assumere carattere di freno, di ostacolo, di limite, imposto alla facoltà accordata al giudice delegato, non meno che al curatore e alla delegazione dei creditori; la legge dice che il giudice delegato *può* sentire il fallito ditenuto: quindi è una facoltà, codesta, che, nel suo esercizio, non ha limite all'infuori della opportunità intravveduta ad usarne da parte di chi della facoltà stessa è investito; quindi, la domanda del giudice delegato deve *sempre* essere favorevolmente spedita dal giudice istruttore, perchè il giudice delegato possa usare convenevolmente del suo diritto. Ma allora a che scopo il legislatore ha voluto sottoporre al controllo e quasi al *placet*, siane scusata la improprietà della parola, del giudice istruttore la possibilità di sentire il fallito che si trova in istato d'arresto, quando poi non intese attribuire a tale controllo nessuna autorità limitatrice, nessun carat-

tere di misura circa l'uso della facoltà accordata al giudice delegato, al curatore ed alla delegazione dei creditori?

Evidentemente, e non solo per la logica scaturiente dall'articolo 732, ma ancora per la necessità e la cautela del procedimento penale che si va incoando contro il ditenuto commerciante dichiarato fallito, al giudice istruttore è riservato il diritto di concedere o meno i colloqui col ditenuto, e di stabilirne le formalità ed anco la durata; sicchè, la ragione per cui il legislatore ha chiamato nella disposizione dell'articolo 732 il giudice istruttore, sta tutta in questo: che coll'arresto del fallito, che in oggi, abolito l'arresto personale per debiti, non può più darsi che come prevenzione per assicurarsi nella persona del fallito, il delinquente bancarottiere, e quindi, per ciò che riguarda il diritto nascente dal frodoloso fallimento, il fallito sfuggendo alla giurisdizione commerciale e civile e solamente rimanendo a contatto con l'amministrazione del fallimento e degli organismi che la rappresentano e compongono, per ciò che riguarda l'economia patrimoniale e la sua gestione antecedente alla catastrofe commerciale, per questo, non potendosi negare in via assoluta ogni comunicazione del fallito con gli amministratori legali della sua sostanza caduta in fallimento, si volle sottoporre la evenienza di tali comunicazioni al giudizio dell'autorità che domina la processura penale.

CAPO II.

Dell'apposizione dei sigilli e dell'inventario.

Art. 733.

Il pretore, entro ventiquattr'ore dacchè ha ricevuto l'avviso del dichiarato fallimento, deve procedere all'apposizione dei sigilli, tanto in presenza del curatore provvisorio se v'interviene, quanto in sua assenza.

Anche prima della dichiarazione del fallimento o del ricevimento dell'avviso suddetto, il pretore può procedere all'apposizione dei sigilli, d'ufficio o ad istanza di uno o più creditori, quando il debitore siasi allontanato o siavi distrazione anche parziale dell'attivo.

Art. 734.

I sigilli sono apposti ai magazzini, ai banchi, agli uffici, alle casse, ai portafogli, ai libri, alle carte, ai mobili e agli altri effetti del fallito.

In tutti i casi il pretore deve dare immediatamente avviso al presidente del tribunale di commercio dell'avvenuta apposizione dei sigilli.

Sommario.

167. *L'apposizione dei sigilli. — Il pretore. — Il curatore provvisorio.*
168. *Intervenuta sentenza dichiarativa del fallimento. — Istanza di uno o più creditori, prima della sentenza.*
169. *Assenza del debitore. — Parziale distrazione dell'attivo.*
170. *Cose sulle quali si appongono i sigilli.*
171. *Avviso dell'avvenuta apposizione dei sigilli dato al presidente del tribunale.*
171 bis. *Processo verbale d'apposizione dei sigilli.*

167. *L'apposizione dei sigilli. — Il pretore. — Il curatore provvisorio.* — " Nominate le persone proposte, da una parte, all'amministrazione del fallimento, e, dall'altra, alla direzione e sorveglianza della procedura che vi si riferisce, è d'uopo provvedere a quegli atti i quali valgano ad impedire che nulla si sottragga alla azione amministrativa del fallimento, ed a fare in modo che chi esercita quest'azione possa avere una notizia completa e sicura di tutto quanto costituisce il patrimonio attuale del fallito; imperocchè, altrimenti, come potrebbero essere gravemente danneggiati gli interessati della massa, così l'azione amministrativa non saprebbe anche su quali beni effettivamente esercitarsi. Codesti atti sono: l'apposizione dei sigilli, e l'inventario „.

Così il Vidari (1) illustra chiaramente il titolo di questo secondo capo del fallimento, che ora verremo trattando. Nei verbali della Commissione del 1869 per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio, si dice che " ..... la Sezione II^{a}: Dell'apposizione dei sigilli e dell'inventario, — è destinata a raccogliere tutte le norme appartenenti a due operazioni preliminari dalla cui regolarità dipende in gran parte il buon esito dell'intiero procedimento „ (2). Il Boulay-Paty (3) chiama l'apposizione dei sigilli " une main-mise judiciaire „ diretta alla conservazione del patrimonio del fallito e che " a pour objet de prévenir toute dilapidation..... „; il Renouard (4), di cui il Vidari sembra essersi fatta una guida per scrivere quello che di lui sopra abbiamo riferito, riconosce che " il faut que, dès le premier moment où la faillite est connue, la main de la justice s'étende sur tout l'actif du failli, et sur les documents pouvant servir à faire connaître la situation et les causes qui l'ont amenée; il le faut pour sauver le gage des créanciers et pour arriver à la manifestation de la vérité, soit à la charge, soit à la décharge du failli „; il Bédarride (5) giustifica in questa guisa la apposizione dei sigilli sui beni del fallito: " La faillite déclarée ouverte, des précautions indispensables sont commandées par la position exceptionnelle dans laquelle se trouve le failli. Ces précautions concernent la personne et les biens. Elles ont pour résultat de s'assurer de l'une et de veiller à la conservation des autres qui doivent arriver intacts entre les mains des créanciers..... Le moyen d'atteindre ce dernier but, c'est de réaliser en fait, et par une main-mise judiciaire, la dépossession qui est, en droit, la conséquence de l'état de faillite. Or, on sent que l'efficacité de cette mesure dépendra, dans bien de circonstances, de la promptitude avec laquelle elle sera exécutée. En conséquence, la loi fait un devoir au tribunal de commerce d'ordonner l'apposition des scellés par le jugement qui déclare l'ouverture de la faillite. ..... L'apposition des scellés est nécessitée pour empêcher toute dilapidation au préjudice des créanciers, dans l'interval qui doit s'écouler entre le jugement déclaratif de la faillite et la rédaction d'un inventaire de tous les biens mobiliers délaissés par le failli „. Più ampiamente e con maggior forza di argomentazione il Bravard-Veyrières (6), annotato dal Demangeat, scrive: " Le jugement déclaratif doit prescrire une autre mesure qui a un caractère éminemment conservatoire, et qui est commandée par la situation respective où se trouvent après le jugement déclaratif le failli et ses créanciers. En effet, le failli est désaisi de droit d'administration de ses biens (art. 443, premier alinéa); mais, si on

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 360. § 4543.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 795.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 222, numeri 227 e 228.

(4) Op. cit., vol. I, pag. 399; id., CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 244.

(5) Op. cit., vol. I, pag. 248, §§ 168-170.

(6) Op. cit., vol. I, pag. 108.

le laisse libre, il restera en possession de fait jusqu'à ce que les syndics nommés par le jugement déclaratif aient pu faire constater l'actif, se le faire remettre et le prendre sous leur responsabilité, ce qui exige un certain temps. Or, dans cette situation, il est craindre que le failli, qui reste dans son domicile, où les syndics ne peuvent pas être en permanence et le garder à vue en quelque sorte, n'abuse des facilités qu'il a pour donner en payement des objets mobiliers à certains créanciers, pour commettre des détournements à son profit, et surtout pour faire disparaître les pièces qui l'incriminent, qui pourraient motiver contre lui des poursuites en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse. Le seul moyen de prévenir ce genre d'abus, c'est de placer provisoirement et immédiatement tout l'actif sous les scellés „. Riferiamo, per ultimo, ciò che scrive un autore italiano in riguardo alla apposizione dei sigilli: " Degli effetti immediati che derivano dalla apertura di fallimento, altri riguardano i beni ed altri la persona del fallito..... Innanzi tutto urge assicurare la conservazione e la integrità del patrimonio del fallito, quale si trova al giorno della dichiarazione del fallimento. Il legislatore, preoccupandosi appunto di questa urgenza, vuole che la sentenza dichiarativa del fallimento contenga l'ordine dell'apposizione dei sigilli e che quest'ordine sia dal cancelliere del tribunale partecipato ai pretori di mandamenti nei quali si trovano i beni del fallito „ (1). Dilucidata così, e, crediamo, quanto ne fu possibile ampiamente, la ragione dell'apposizione dei sigilli, vediamo lo stato della legislazione in proposito.

Il Codice abolito colla promulgazione del Codice attuale di commercio, trattava dell'apposizione dei sigilli agli articoli 562 a 565; era stabilito che il pretore, ricevuto l'avviso di cui si parlava all'articolo 549, l'avviso, cioè, datogli dal cancelliere del tribunale di commercio, del disposto riguardante l'apposizione dei sigilli ordinata nella sentenza dichiarativa di fallimento a mente dell'articolo 546, dovesse procedere, entro le ventiquattro ore, all'apposizione dei sigilli tanto in presenza dei sindaci se questi fossero intervenuti, che in loro assenza. Anche prima della dichiarazione del fallimento o dell'avviso accennato qui sopra, il pretore poteva procedere all'apposizione dei sigilli d'ufficio o sull'istanza di uno o più creditori, quando il debitore erasi allontanato o vi fosse stata distrazione di tutto o di parte dell'attivo.

I sigilli venivano apposti sui magazzini, banchi, uffizi, casse, portafogli, libri, carte, mobili ed effetti del fallito. Nel caso di fallimento di una società in nome collettivo, i sigilli erano apposti allo stabilimento principale della società, agli altri stabilimenti sociali, ed alle case di abitazione di ciascun socio obbligato solidariamente. In tutti i casi era il pretore tenuto a dare immediatamente avviso al presidente del tribunale di commercio dei sigilli. Le vesti, le masserizie, i mobili, strettamente necessari al fallito ed alla sua famiglia, non erano sottoposti a sigillo, ma, premessane una sommaria descrizione, erano lasciati ad uso del fallito e della sua famiglia, salvo al giudice delegato di provvedere nel caso di richiamo da parte dei sindaci. Se il giudice delegato opinava che l'inventario dei beni del fallito potesse compiersi in un solo giorno, poteva ordinare che i sindaci provvisori vi procedessero immediatamente, omessa l'apposizione dei sigilli.

Un ultimo articolo, che apparteneva alla apposizione dei sigilli, era il 566, che stabiliva l'obbligo dello Stato di anticipare le spese necessarie alle prime operazioni del fallimento; l'anticipazione si faceva per decreto del giudice delegato, e il rimborso era effettuato con privilegio sulle prime riscossioni; però il privilegio del

(1) PAGANI, " Il fallimento „, *Digesto Italiano*, dispensa 88ª, pag. 88, n. 29.

proprietario era *potior in jure*, cioè, escludeva lo Stato. Questa disposizione, consentanea al principio giuridico a cui si informava la legge commerciale, che, cioè, il fallimento, e le azioni che da quello derivavano appartenessero quasi al diritto pubblico, non fu accolta dal legislatore nel Codice attuale; però, all'intento di non gravare di spese, alle volte gravissime, le operazioni del fallimento, mentre il Codice del 1865 non faceva per la compilazione dell'inventario alcun vantaggio alla fallita, il Codice nuovo rende esente tale compilazione, non solo dalla ordinaria procedura ma anche dalle tasse di registro e bollo che, come atto giudiziale, dovrebbero gravarla (art. 741).

Il Codice di commercio francese contiene disposizioni identiche a quelle che abbiamo viste sancite dal Codice italiano abolito: alcune piccole differenze si notano però per quello che riguarda l'arresto del fallito per debiti, ora abolito.

È notevole come la legge inglese del 1884 sul fallimento non abbia accolto il sistema dell'apposizione dei sigilli, che fu pure adottato da pressochè tutte le vigenti codificazioni. Invece, la legge inglese tiene il sistema del trapasso di fatto e di diritto dei beni del fallito nel sindaco, il quale così è pienamente responsabile in proprio civilmente e, in caso di dolo, penalmente, di qualsiasi mutazione o distrazione che avvenga nei beni della massa patrimoniale devoluta al pagamento dei creditori; però se, prima della dichiarazione di fallimento, un debitore commetta un atto suscettibile di portarlo al fallimento (questi sono enumerati dall'articolo 4 della legge), la Corte può, se il fallimento è domandato dallo stesso debitore o da un creditore, emanare un'ordinanza, che nella legge attuale ha nome di ordinanza di sequestro — *receiving order* — allo scopo di salvaguardare l'attivo del debitore; sicchè, mancando l'apposizione dei sigilli, che nel sistema da cui deriva sussegue alla dichiarazione di fallimento, il legislatore inglese col " *receiving order* " supplì alla conservazione dei beni del fallito così come tale fatto si ottiene da noi mediante l'apposizione dei sigilli. Il sindaco, una volta che fu dichiarato il fallimento, è di pien diritto investito della proprietà del possesso e dell'amministrazione dei beni del fallito, ed è nella stessa condizione di un amministratore di beni nominato dall'Alta Corte; la Corte poi, su di lui domanda, darà effetto agli atti da lui fatti in questa sua qualità di amministratore.

Il regolamento austriaco 25 dicembre 1868 sui concorsi (*konkurs*-fallimento), contiene, alla sezione quinta, le norme per l'apposizione dei sigilli; chi appone i sigilli è il commissario concorsuale (giudice delegato) o anche un altro giudice del giudizio di concorso, e l'apposizione, la quale non è ordinata con l'editto di concorso (art. 67), avviene all'atto dell'aprimento nel concorso per disposizione del giudizio dei concorsi. Ma, questa che la legge austriaca chiamò apposizione dei sigilli, non è una vera e materiale sigillazione; consta, invece, di atti di deposito per la custodia dei beni mobili appartenenti al fallito, al tribunale: per riguardo ai beni immobili caduti in fallimento ed ai crediti del fallito che sieno iscritti in libri fondiari sia dei beni in proprietà terriera che in fabbricati, o sulle tavole provinciali, si deve incontanente provvedere acchè in questi libri sia, in luogo opportuno, annotato il giorno dell'apertura del fallimento.

La legge germanica sui fallimenti, 10 febbraio 1877, neppur essa contiene il sistema dell'apposizione dei sigilli, e, per quanto il § 114 accenni a verbali del curatore constatanti l'apposizione e la levata dei sigilli, tuttavia, nella legge speciale sul fallimento, di sigilli da apporsi non si parla mai come di una figura obbligatoria; vero è che, siccome la procedura del fallimento è quella ordinaria stabilita dal Codice di procedura civile, il legislatore germanico abbandonò alle disposizioni di quel Codice quello che

avesse tratto con la conservazione della massa patrimoniale appena aperto il fallimento e non ancora nominato il curatore. Il tribunale con una decisione pronunzia l'apertura del fallimento; e con lo stesso atto nomina il curatore ed ordina il sequestro generale di tutti i beni del fallito come misura conservativa; il curatore poi, appena nominato, è messo in possesso di tutti i beni del fallito che fanno parte della massa e ne prende l'amministrazione; ed in questo caso, come misura indipendente dall'autorità tribunalizia, il curatore, per garantirsi la conservazione degli oggetti facenti parte della massa, può farvi apporre i sigilli da una di quelle persone che per legge ne hanno autorità: ma nell'apposizione e levata dei sigilli, come avvertiamo, nulla ha a vedere la legge e l'autorità giudiziaria, essendo questa una misura puramente facoltativa ed accordata al curatore come atto prudente di amministrazione.

Il Codice di commercio neerlandese segue, invece, completamente il sistema dell'apposizione dei sigilli; la quale viene ordinata, unitamente ad altre misure atte alla conservazione dei beni della massa, colla sentenza dichiarativa del fallimento. L'apposizione dei sigilli viene eseguita da un giudice di cantone, al quale fu dato avviso immediato della intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento; ed esso spedisce al tribunale copia del verbale constatante l'apposizione dei sigilli. Se il giudice di cantone non attuasse questa misura conservativa o indugiasse, i curatori sono tenuti ad ingiungere al giudice di procedere immediatamente all'apposizione; però i curatori, in luogo di sottoporli alla sigillatura del giudice od anche quando l'apposizione dei sigilli sia avvenuta, possono farsi consegnare gli effetti di portafoglio appartenenti alla massa e che sono a breve scadenza o debbono essere presentati alla accettazione: in questo caso il giudice di cantone menzionerà la fatta consegna nel verbale d'apposizione dei sigilli.

La ragione dell'apposizione dei sigilli, della quale vedemmo le cause e gli intenti, — cause ed intenti che si compendiano in un legittimo sospetto di sottrazioni dei beni appartenenti, pel fallimento, alla massa dei creditori, e nelle necessarie cautele e misure per evitare tali diminuzioni patrimoniali — importa che all'apposizione si passi nel più breve tempo possibile, dopo la dichiarazione di fallimento: quindi come è obbligo imprescindibile del tribunale, nel pronunciare la sentenza dichiarativa del fallimento, di ordinare l'apposizione dei sigilli (art. 691, n° 2), così è obbligo strettissimo del cancelliere del tribunale di commercio (ed ora, aboliti i tribunali di commercio, del tribunale civile che in sede commerciale ha pronunziata la sentenza dichiarativa ed ha legalmente aperto il fallimento) di partecipare immediatamente ai pretori dei mandamenti, nei quali trovansi beni del fallito, la dichiarazione del fallimento e l'ordine di apposizione dei sigilli, affinchè questa sia tosto eseguita, e trasmette loro le notizie che si hanno allo stato degli atti. Ma tuttavia, potendo avvenire, come accade di spesso, che la necessità di apporre i sigilli sia più impellente di quello che non constatò la sentenza dichiarativa, o che nei preliminari del fallimento venne alla luce; per ovviare ai danni che in simile condizione potevano venirne alla massa dei creditori — come distrazioni dei beni devoluti al pagamento dei loro creditori, diminuzioni apportate dal fallito o da chi per esso — o potendo verificarsi, per quanto la legge sia precisa e severa nell'imporre la immediata trasmissione dell'ordinata apposizione dei sigilli ai pretori mandamentali, un qualche ritardo nella trasmessione della sentenza, così il legislatore ha stabilito che, anche prima della dichiarazione del fallimento o del ricevimento dell'avviso spedito dal cancelliere conforme all'articolo 692, il pretore possa procedere all'apposizione dei sigilli, d'ufficio o ad istanza di uno o più creditori, quando

però, il debitore siasi allontanato o siavi distrazione anche parziale dell'attivo.

Così ci troviamo, fra mano, creati dalle disposizioni del legislatore, tre diversi casi e tre diverse condizioni di cose, in cui può passarsi alla apposizione dei sigilli.

Dei quali casi il primo è quello in cui l'apposizione dei sigilli sia ordinata dal tribunale; ed allora è necessario sia intervenuto tutto quel complesso di azioni e di fatti per cui si può dall'autorità giudiziaria passare alla emanazione della sentenza che pronunzia il fallimento; poi è necessario che il cancelliere abbia dato avviso ai pretori mandamentali dei luoghi ove trovinsi beni del fallito; della intervenuta sentenza dichiarativa del fallimento, la quale ordina l'apposizione dei sigilli.

Secondo caso: quello in cui, non essendo ancora intervenuta sentenza dichiarativa del fallimento a mente dell'articolo 691, o non essendone ancora giunto avviso al pretore, questo di sua iniziativa, cioè d'ufficio, ordini l'apposizione dei sigilli: ed allora è necessario che il tribunale non abbia egli stesso ordinata l'apposizione e che, soprattutto, il pretore ritenga utile ed indispensabile passare ugualmente alla apposizione dei sigilli; poi che non sia intervenuta istanza da parte di uno o più creditori, invocanti l'apposizione.

Terzo caso: quello in cui l'apposizione avviene per richiesta di uno o più creditori: le condizioni per le quali può verificarsi questo ultimo caso sono legate intimamente al verificarsi dei casi sopra esposti; ma la intimità del legame si prova per via di contrasto; onde non può sussistere questo caso quando gli altri due siensi avverati o si trovino in via d'avveramento; onde, se il tribunale ordinò la apposizione dei sigilli o la ordinò *ex officio* il pretore, i creditori più non possono proporla.

Altre due condizioni per le quali è limitata la facoltà che il capoverso dell'art. 733 accorda ai creditori ed al pretore, sono quelle dell'assenza del debitore e della distrazione anche parziale dell'attivo; non concorrendo alcuna di queste due condizioni nè il pretore, nè alcuno dei creditori può eseguire o domandare l'apposizione dei sigilli: e si noti che questi due casi sono tassativi, che, cioè, all'infuori di essi in nessun'altra condizione è accordata la facoltà di cui si discorre (1); vedremo, esaminando più particolarmente in uno dei numeri seguenti questa disposizione, quale ne sia la importanza.

Abbiamo detto che l'apposizione dei sigilli è un obbligo impreteribile del tribunale; deve esso ordinarla quando pronuncia la sentenza dichiarativa di fallimento; tuttavia questo principio generale ed assoluto soffre una eccezione riguardo alla sua materiale effettuazione. Di fatto l'art. 739 stabilisce che il giudice delegato, qualora creda che l'inventario dei beni del fallito possa compiersi in un solo giorno, può ordinare che vi proceda immediatamente il curatore provvisorio, omessa l'apposizione dei sigilli. Ma quali conseguenze derivano da codesta disposizione dell'articolo 739? Gli è forse che al giudice delegato è accordata una tale facoltà da rendere irrita la sentenza del tribunale in ciò che riguarda l'apposizione dei sigilli? Gli è forse che al tribunale stesso è fatto obbligo, prima di pronunciare la sentenza dichiarativa del fallimento, di considerare se le condizioni patrimoniali della fallita stessa dànno agio a compilare in un sol giorno l'inventario, e quindi rendono oziosa l'apposizione dei sigilli? Gli è forse che l'apposizione dei sigilli per essere eseguita debba, sempre ed in ogni caso, passare per la trafila della critica del giudice delegato, perchè questi veda se è, oppur no, conveniente di fare quell'atto della procedura del fallimento?

Nel commentare l'articolo 739 noi cercheremo di spiegare come meglio potremo

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 361, § 4544; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 245, n. 281.

tutto ciò; quello però che fin d'ora si può accertare si è che quest'articolo 739 ha una gravissima importanza, come quello che accorda al giudice delegato un potere che a nessun altro giudice in nessun'altra funzione fu concesso: che quest'articolo infirma la solidità dell'articolo 691 il quale è il più notevole di tutta la legge sul fallimento, come quello che stabilisce la legalità della crisi commerciale, ne ordina lo svolgersi, ne assicura la risoluzione; che quest'articolo, poi, assume tanto maggiore autorità per la disposizione dell'articolo 910; il quale dispone che ove il giudice delegato dispensi dall'apposizione dei sigilli non è ammesso alcun appello, alcun reclamo al tribunale contro la sua ordinanza.

Al primo rappresentante del potere giudiziario è imposto, dall'articolo 733, l'obbligo della materiale esecuzione della sigillatura sui beni caduti nella fallita: egli deve passare all'apposizione dei sigilli entro le ventiquattro ore dacchè ha ricevuto l'avviso di cui parla l'art. 692; e, siccome non tutti i beni del fallito possono essere compresi in un solo mandamento, così ad un solo pretore non sempre accorda di apporre in una sola volta i sigilli a tutti i beni del fallito, ma ad una parte sola di questi; a quella parte cioè, che è nel mandamento di sua giurisdizione.

Per questa divisione di lavoro, a servirci di un concetto e di una espressione propria delle scienze economiche, entro le ventiquattro ore dacchè fu pronunziata la sentenza dichiarativa di fallimento, tutti i beni del fallito, per quanto sperperati in varie località, saranno tutti assicurati dalle possibili diminuzioni mediante l'apposizione dei sigilli. Abbiamo detto entro le ventiquattro ore dacchè fu pronunziata la sentenza dichiarativa del fallimento, ma abbiamo commessa una inesattezza; perchè la legge dice soltanto che il pretore deve, nelle ventiquattro ore dacchè ha ricevuto l'annunzio del dichiarato fallimento, passare all'apposizione dei sigilli; dunque il tempo utile pel pretore decorre soltanto dal momento in cui egli ricevette l'annuncio della pronunziata sentenza che dichiara il fallimento: sicchè la contemporaneità, di cui dicemmo sopra, non esiste così precisa come la esponemmo se non nel caso in cui, dati i beni posti pure in diversi mandamenti, questi mandamenti sieno tutti ad uguale distanza dal tribunale da cui emana la sentenza.

Il Codice di procedura civile all'art. 847, dal quale il legislatore commerciale tolse veramente l'obbligo fatto al pretore dall'articolo 733 del Codice di commercio, dice che è il pretore, l'ufficiale cui in materia di successioni è demandata l'apposizione dei sigilli: ma però, nei Comuni in cui non ha sede il pretore, i sigilli possono essere apposti, in caso d'urgenza, dal conciliatore il quale ne trasmette immediatamente il processo verbale al pretore; evidentemente ad ognuno si presenta la domanda se tale regola non debba seguirsi anche riguardo alla apposizione dei sigilli sui beni di una fallita. Cui si risponde: il legislatore commerciale, per quanto nella scelta della persona, cui attribuì la funzione d'apporre i sigilli, abbia cercato di mantenersi in quella via ch'era segnata dal Codice di procedura civile, tuttavia ha inteso arrecare una modificazione alla regola sancita dall'articolo 847, perchè, mentre in codesto articolo si parla, riguardo alla località in cui trovansi gli oggetti da sottoporre a sigillo, di Comuni in cui non ha sede il pretore, per stabilire su ciò la eccezione della sigillatura avvenuta per mano del giudice conciliatore, invece l'articolo 692 si riferisce al pretore direttamente; perchè i beni basta si trovino nel mandamento di giurisdizione pretoriale, per dar vita all'obbligo del pretore di apporvi senz'altro i sigilli. Vero è che la dizione, usata dal legislatore per la partecipazione della notizia sulla pronunziata sentenza dichiarativa di fallimento ai pretori mandamentali, non induce la necessaria conseguenza che non possa il pretore manda-

mentale, ricevuta la notificazione, delegare il giudice conciliatore di quel Comune del mandamento di sua giurisdizione dove trovansi i beni da sottoporre a sigillo, a passare immediatamente all'apposizione. Gli atti della Commissione per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio non danno alcun principio di soluzione su questo dubbio; vi si dice solamente che è " obbligo del pretore di procedere all'apposizione dei sigilli appena ricevuto l'avviso della pronunciata dichiarazione del fallimento „ (1); ma non si può da questo arguire che il pretore non possa delegare altri ad adempire alla ingiunzione del tribunale. L'articolo 68 del Codice di procedura civile vieta a qualsiasi autorità giudiziaria di delegare ad altra la propria giurisdizione, eccetto che nei casi stabiliti dalla legge. Ma in questo caso del pretore veramente non si avrebbe una delegazione di propria giurisdizione come devesi intendere a mente della procedura civile: ma piuttosto, se delegazione vi ha, il che è dubbio, essa sarebbe di un solo atto; tuttavia la giurisdizione consta di tanti atti diversi, fatti od attribuiti dall'autorità giudiziaria che n'è investita, e la legge quando, eccezionalmente, concede la delegazione da una in altra autorità, come negli articoli 208, 212, 434 del Codice di procedura civile, lo fa per un solo atto o per una sola serie di atti, quantunque nell'articolo 691 del Codice di commercio messo in relazione colla Sezione III^a^, Capo I, Titolo II, Libro III dello stesso Codice, invece, la delegazione contenga non un solo atto od una sola serie di identici atti di giurisdizione, bensì una svariata molteplicità di atti che valgono bene quanto una particolare e propria giurisdizione. Eppoi, riguardo al pretore che è chiamato dalla legge all'apposizione dei sigilli, può verificarsi che i beni del fallito dichiarato tale, sieno sparsi per tutto il mandamento della giurisdizione pretoriale e nei vari Comuni da cui questo è composto; quindi può il pretore trovarsi nella materiale impossibilità di adempiere, nelle ventiquattro ore assegnatagli dalla legge, alla apposizione dei sigilli su tutti i beni del fallito. Vero è che, per pretore mandamentale il legislatore non può intendere materialmente la sola persona investita di questo titolo e delle relative persone; perchè possono esservi, come ognun sa, vice-pretori che coadiuvano, nei mandamenti singolarmente estesi, il pretore nel disimpegno delle sue funzioni giudiziarie; quindi si potrebbe credere che il legislatore non abbia inteso escludere dall'apposizione dei sigilli i vice-pretori mandamentali, perchè a costoro non verrebbe dal pretore deferita nessuna autorità o giurisdizione propria, essendo essi diggià rivestiti, per forza di legge, di funzioni ed autorità analoghe a quelle del pretore. Tuttavia di fronte alla precisa dichiarazione della legge non esitò il Vidari a scrivere che " l'ufficiale giudiziario incaricato di apporre i sigilli è il pretore, e nessun altro fuori di lui..... „ (2).

Secondo l'articolo 733 il pretore, per passare all'apposizione dei sigilli, non è tenuto a richiedere la presenza del curatore provvisorio: se questi interviene, presenzia alla apposizione, nè il pretore può ciò vietargli: se non interviene, il pretore appone i sigilli ugualmente, e fa constare della presenza o dell'assenza del curatore provvisorio alla apposizione dei sigilli, nel verbale che deve trasmettere al tribunale per avvisarlo della avvenuta apposizione.

Questa disposizione dell'art. 733 lascia scorgere, abbastanza apertamente, che la apposizione dei sigilli non è veramente un atto che abbia attinenza con l'amministrazione dei beni del fallito, ma è, più che altro, un atto d'autorità giudiziaria, conservativo è vero, ma ciò nullameno, eccedente la natura e la qualità di atto d'amministrazione. Se invece l'atto, per quanto adempiuto da

(1) Tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 795.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 362, § 4545.

un ufficiale giudiziario, il quale non ha poi più alcuna ingerenza nella procedura del fallimento, fosse stato, d'obbligo, presenziato dal curatore, che pur provvisorio è l'amministratore di diritto e di fatto della fallita, allora sarebbe stata diversa la condizione delle cose, e l'apposizione dei sigilli avrebbe assunto carattere di atto amministrativo, oltre che giudiziale.

Come il pretore per passare alla valida apposizione dei sigilli non ha d'uopo della presenza e del concorso del giudice delegato, così pure il curatore non è obbligato ad intervenire all'apposizione dei sigilli; se però vi interviene, gli è fatta facoltà di non sottoporre a sigillo quelle cose di cui sia autorizzata la vendita o che servono all'esercizio del commercio del fallito; i libri di commercio e quei documenti del fallito che il curatore giudichi, per la loro qualità o per particolare bisogno amministrativo, a lui necessari; vedremo, nel commento degli articoli che trattano di queste eccezioni alla regola che vuole sottoposti a sigillo tutti i beni ed i documenti del fallito, quali estremi e quali formalità richieda il legislatore (1).

168. *Intervenuta sentenza dichiarativa del fallimento — Istanza di uno o più creditori prima della sentenza.* — Quando il tribunale ha pronunziata la sentenza che dichiara il fallimento, questa sentenza costituisce il capo saldo di tutta la procedura del fallimento, ed ogni esercizio di diritti da parte dei varî interessati nella fallita è limitato da ciò che la sentenza ha stabilito. Così è nel caso della apposizione dei sigilli. La sentenza dichiarativa di fallimento è intervenuta?; allora l'apposizione dei sigilli dipende unicamente dall'ordine su ciò contenuto dalla sentenza. La sentenza dichiarativa di fallimento non ha ordinato l'apposizione dei sigilli?; allora è nulla ed il diritto degli interessati a domandarne l'apposizione non soffre nessuna decapitazione. Dicemmo che la sentenza dichiarativa è nulla se non contiene la ordinazione d'apporre i sigilli: ciò è evidente, perchè qui mancherebbe la integrità della forma intrinseca della sentenza quale la legge commerciale la prescrive all'art. 691, in conformità del disposto degli art. 360, n. 7 e 361, n. 2 del Codice di procedura civile: e più addietro nel numero precedente vedemmo quali sieno in rapporto della apposizione dei sigilli gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, per la facoltà concessa dall'articolo 739 del Codice di commercio al giudice delegato. Qui aggiungiamo che la sentenza dichiarativa di fallimento, dovendo sempre, sotto pena di nullità, contenere l'ordine dell'apposizione dei sigilli, l'articolo 739 non può portare alcuna sanatoria ad una nullità che è imposta necessariamente dalla stessa legge procedurale.

Ma non in tali riguardi dobbiamo esaminare in questo numero la sentenza dichiarativa del fallimento. Invece qui dobbiamo vedere che il fatto d'essere stata pronunziata la sentenza, non toglie al pretore ed ai creditori l'obbligo ed il diritto di apporre o domandare l'apposizione dei sigilli; solamente l'avviso ricevuto dal pretore prima che siasi fatto luogo, per altre circostanze, alla apposizione dei sigilli, non lascia più campo all'esercizio di questo diritto accordato ai creditori, di quest'obbligo imposto al pretore. Se quindi, all'infuori della via normale prescritta dal legislatore per la notificazione ai pretori mandamentali della intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento, il pretore, che dovrebbe passare alla apposizione dei sigilli sui beni del fallito, ha avuto voce della pronunciazione della sentenza, non può tuttavia esimersi dalla apposizione d'ufficio, e di iniziativa propria, dei

(1) Vedremo più avanti nel commento dell'articolo 744 in quale contingenza e come il curatore debba e possa domandare l'apposizione dei sigilli ai beni del fallito.

sigilli, o dall'accogliere su ciò la domanda dei creditori, quando ricorrano gli estremi stabiliti dall'articolo 733. È solamente l'avviso ufficialmente trasmesso e ricevuto della sentenza emanata, quello che obbliga il pretore alla apposizione dei sigilli; è, quindi, solamente tale avviso che toglie in questa materia l'esercizio di altri diritti o di altra giurisdizione.

L'articolo 733 al capoverso, dice che la facoltà di apporre i sigilli indipendentemente dalla intervenuta sentenza del tribunale, può essere dal pretore usata " anche prima della dichiarazione del fallimento o del ricevimento dell'avviso suddetto ..... " (l'avviso, cioè, di cui parla l'articolo 692 del Codice di commercio). Qui veramente parrebbe che il legislatore abbia voluto stabilire, più che la eccezione al principio generale onde la apposizione dei sigilli deve essere ordinata dal tribunale nella sentenza dichiarativa del fallimento, due diversi momenti in cui il pretore può passare alla apposizione dei sigilli, prima, cioè, della dichiarazione del fallimento: o prima, anche, del ricevimento dell'avviso trasmessogli dal cancelliere del tribunale.

Ma cosa intende il legislatore quando stabilisce un'epoca anteriore ad una data fissa, quella della dichiarazione di fallimento? Un negoziante non è giuridicamente fallito, contro di lui, cioè, non si può usare la procedura stabilita dal Codice di commercio in materia di fallimento, se non allora quando è intervenuta la sentenza di cui parla l'art. 684; anteriormente a quest'epoca se anche il commerciante cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali, per quanto ciò possa dirsi, materialmente, fallimento (ciò che nello stile pratico commerciale si dice *far punto*), non ha ancora effetti giuridici, nè si può applicare al fallito alcuna misura che sia concessa dalla legge speciale sul fallimento; sicchè questa anteriorità di cui parla l'art. 733 non si sa veramente a cosa possa riferirsi: è vero che l'articolo 683 parla dello stato di fallimento in cui può trovarsi il fallito perchè sospese i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali; ma qui devesi aver mente all'articolo 686 che impone al fallito la dichiarazione della cessazione dei pagamenti e dello stato di fallimento in cui si trova, non che la presentazione e il deposito del bilancio certificato vero, e da lui datato e sottoscritto, non che il deposito dei suoi libri di commercio nello stato in cui si trovano; dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione avvenne la cessazione dei pagamenti, entro giorni tre da questa cessazione; quindi, la anteriorità alla dichiarazione del fallimento, non può avere altra estensione di tempo oltre quella rappresentata dai giorni che decorrono dalla presentazione del bilancio e dei libri da parte del commerciante, secondo l'articolo 686, alla pronunciazione della sentenza dichiarativa del fallimento, sommati ai tre giorni che lo stesso articolo 686 concede al fallito commerciante, per adempire alle obbligazioni fattegli in quell'articolo. Dunque, anteriormente a tre giorni prima che il fallito presenti alla cancelleria del tribunale i bilanci, i libri di commercio, ed i documenti provanti il suo stato di cessazione dei pagamenti, non potrà essere chiesta nè concessa, nè fatta d'ufficio dal pretore per causa di fallimento, alcuna apposizione di sigilli a beni di persona per istanza di creditori; così devesi intendere la anteriorità alla dichiarazione di fallimento di cui parla l'articolo 733.

Il secondo momento che sopra abbiamo delineato, è quello determinato dall'avviso della sentenza dichiarativa di fallimento, non per anco ricevuto dal pretore. Abbiamo visto che tale avviso deve essere ufficialmente, per la consueta via di trasmessione prescritta dalla legge di procedura civile, trasmesso al pretore, e vedemmo che fino a quando tale avviso non fu ricevuto, il pretore debbe ritenere come non ancora intervenuta la sentenza che dichiara il fallimento. Sembra ozioso che il legislatore

abbia stabilito questo momento per l'esercizio della facoltà che l'articolo 733, capoverso, concede al pretore; invero bastava che tale facoltà, pel suo esercizio, fosse limitata dalla pronunciazione della sentenza dichiarativa del fallimento, perchè, sulla scorta dell'articolo 492 messo in relazione al disposto dell'articolo 733, ognuno vedesse come era solamente l'aver ricevuto l'ufficiale avviso della intervenuta sentenza, ciò che valeva a sospendere l'esercizio della facoltà che l'articolo 733, capoverso, accorda al pretore ed ai creditori.

Ma il legislatore dubitò, che qualora avesse unicamente stabilito l'eccezione per riguardo alla anteriorità alla dichiarazione di fallimento, il pretore avendo notizia, non ufficiale, della sentenza, non volesse passare, in attesa dell'avviso in via di trasmessione per parte del cancelliere, alla apposizione dei sigilli sui beni del fallito anche di fronte a distrazioni dell'attivo o ad altri fatti che minacciassero di diminuire ognor più la massa patrimoniale, devoluta al pagamento dei creditori. Intendendo in questo senso le due eccezioni, ed il momento di esse, come le stabilì il legislatore, rimane giustificata la diversificazione che il legislatore volle affermare tra l'anteriorità alla dichiarazione del fallimento, e l'anteriorità al ricevimento dell'avviso spedito dal cancelliere del tribunale, in obbedienza dell'articolo 692.

Il legislatore, non ignaro del danno che ai creditori avrebbe potuto provenire dalla sola concessione, fatta al pretore, della facoltà di apporre i sigilli ai beni del fallito, stabilì che anche i creditori possano chiedere l'apposizione dei sigilli. La prima questione che si presenta davanti a questa facoltà che il legislatore concede, nel loro interesse, ai creditori del fallito, è quella che tende a chiarire quale efficacia abbia la domanda dei creditori e quale effettività la facoltà concessa loro. L'apposizione dei sigilli richiesta dai creditori, od anche da uno di loro, per essere praticata ha d'uopo dell'intervento, come uffiziale giudiziario idoneo, del pretore; è quindi a lui che la domanda di apposizione dei sigilli fatta dal creditore o dai creditori deve essere rivolta. Ma quale sarà l'obbligo del pretore nel ricevere questa domanda? dovrà egli senza altro far luogo alla chiesta apposizione? potrà non accordare risposta alcuna alla domanda dei creditori? Il Vidari (1) afferma " che il pretore ha piena e libera facoltà di accogliere o respingere la domanda che dell'anticipata apposizione gli faccia qualche creditore ". Ma è certo, altresì, che il pretore non può di suo libito far lecita la ripulsione della domanda come l'accoglienza di questa: ed abbiamo già veduto nel n. 167 quali estremi occorrano perchè, tanto il pretore quanto i creditori, possano apporre o domandare l'apposizione dei sigilli, quando ancora questa non fu ordinata dalla sentenza del tribunale. Entro l'osservanza e il concorso di questi estremi, è indubbio che il pretore rimane arbitro circa l'opportunità d'accogliere o di respingere la domanda dei creditori; però, regola generale a cui deve anche il pretore ottemperare, è questa: che la procedura del fallimento deve essere, più che altro, rivolta a giovare agli interessi dei creditori pur salvaguardati debitamente gli interessi del fallito; quindi, come su un solo, semplice ed infondato dubbio, figlio di ingiuste apprensioni, nessun creditore domanderà, efficacemente, l'apposizione dei sigilli, così il pretore, riconosciuta la portata e la verità dei sospetti che ingenera la condotta del fallito (2), non potrà negare favorevole accoglienza alla domanda dei creditori diretta ad ottenere la apposizione dei sigilli. Vedremo più ampiamente nel

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 364, § 4547.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 245, n. 281; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, n. 230; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 423; ALAUZET, op. cit., n. 2555; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, n. 190.

seguente numero la questione qui sollevata. Quando poi il pretore, esaminate bene le ragioni addotte dal creditore o dai creditori che domandano la apposizione dei sigilli, non ritenga conveniente di passare a questa misura, egli renderà nota, coi mezzi ordinarî di procedura, ai creditorî la sua risposta; e questi non hanno diritto alcuno a richiamo all'autorità gerarchicamente superiore algiudice unico.

169. *Assenza del debitore — Parziale distrazione dell'attivo.* — Non basta che non sia ancora giunto l'avviso della sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata dal tribunale; non basta la anteriorità del momento in cui dovrebbe avvenire la eccezionale apposizione dei sigilli, alla dichiarazione di fallimento, perchè il pretore o d'ufficio o su domanda dei creditori proceda alla apposizione dei sigilli sui beni del fallito. Se i creditori ed il pretore perdono ogni diritto di domandare e di eseguire la apposizione dei sigilli sui beni del debitore fallito, quando fu pronunciata la sentenza che dichiara il fallimento, e il pretore ha di ciò avuta ufficiale notizia, tuttavia la sola assenza di questi estremi che la legge richiede, non autorizza ancora il pretore a valersi della eccezionale facoltà accordatagli; se così fosse non più di facoltà eccezionale, ma di facoltà eccessiva dovrebbesi parlare. Invece altri estremi che il legislatore ha richiesti per l'applicazione del diritto singolare, sono la lontananza del fallito e la distrazione, anche parziale, dell'attivo. Notiamo subito che il Codice cessato, all'articolo 562, di cui il 733 non è che una modificazione, diceva " o siavi distrazione di tutto o di parte dell'attivo „; il legislatore del 1882 si servì di una miglior locuzione per esprimere lo stesso concetto; e, fatta la distrazione dell'attivo causa efficiente della eccezionale apposizione dei sigilli, stabilì che questa, anche parziale, avesse lo stesso effetto che se totale essa si avverasse.

Vediamo come il legislatore non esiga che concorrano contemporaneamente e la assenza del fallito e la distrazione dell'attivo, alla guisa stessa onde non volle la contemporaneità dell'anteriorità alla dichiarazione del fallimento colla anteriorità al ricevimento dell'avviso della pronunciata sentenza. Quando, trovandosi nelle condizioni che esaminammo ne' precedente numero 168, ricorra la lontananza del fallito, oppure s'avveri una, anche parziale, distrazione dell'attivo, il pretore potrà, o d'ufficio o su domanda dei creditori procedere alla apposizione dei sigilli.

La legge dice occorrere che il debitore siasi allontanato; ma non dice se tale lontananza debba avere il carattere giuridico civile dell'assenza, il carattere giuridico, penale della latitanza, o semplicemente il carattere di una comune momentanea o prolungata lontananza dal luogo ove trovansi i beni del fallito, che verrebbero sottoposti a sigillazione.

La legge non dice, nè lascia indovinare, quale carattere debbasi attribuire, civilmente di fronte al fallito a cui la lontananza porterebbe sì grave colpo, quale carattere diciamo, debbasi attribuire al luogo da cui il fallito si è allontanato: non dice, la legge, se quel luogo debba essere quello ove il fallito ha la sua dimora, il suo domicilio commerciale o civile, o la sua residenza; non dice neppure se il fallito debba essersi allontanato dal mandamento di cui il pretore ha la giurisdizione, oppure soltanto dal Comune ove era solito risiedere, e non dal mandamento; non dice se la lontananza debba essere spontanea e solamente derivata da un libero atto volontario del fallito, oppure forzata od occasionata, ad es. dalla autorità giudiziaria, od anche dall'interesse stesso della massa, come se il fallito dovesse essersi portato altrove pel disbrigo di un affare che può accrescere l'attivo della fallita. Tutto ci sembra abbandonato all'arbitrio del pretore al quale è lasciato libero apprezzamento sulla opportunità di considerare la lontananza del fallito o la

distrazione, anche parziale, dell'attivo come sufficienti o sufficientemente provate per passare alla apposizione dei sigilli: ed in questa estimazione dei pericoli che la massa patrimoniale o quella parte di beni del fallito può correre, il pretore è tenuto a non agire per impressioni subitanee; ma, solo dopo aver ben vagliato il pro e il contro dell'atto ch'egli si appresta a fare, può scegliere l'apposizione dei sigilli come il più idoneo mezzo a conservare la massa patrimoniale del fallito: quando però venne nella decisione di apporre i sigilli egli procederà con la maggior prontezza ed energia (1).

La lontananza di cui parla il capoverso dell'articolo 733, e di cui noi sopra abbiamo accennato i vari modi in cui può manifestarsi, non può mai essere una momentanea assenza, come neppure deve essere quell'abituale allontanamento del fallito da un luogo per recarsi ad un altro nel disimpegno dei proprî affari: ma, e notisi bene questo perchè neppure lo stato di moratoria, antecedente alla effettiva dichiarazione di fallimento, può essere causa sufficiente a interpretare come sospetta la lontananza del fallito; la lontananza, di cui parla il capoverso dell'articolo in esame, va interpretata sulla scorta degli articoli 683, 684, 686; sicchè deve avverarsi dopo che il commerciante cessò i pagamenti, e depositò, entro i giorni tre concessigli dopo la cessazione dei pagamenti delle sue obbligazioni commerciali, i libri di commercio, il bilancio e gli altri documenti di che all'art. 684, sicchè, a mente dell'articolo 684, possa essere pronunciata una sentenza dichiarativa di fallimento. Nè il concorso di questi estremi basta da solo ad autorizzare il pretore a valersi, circa la lontananza del fallito, della facoltà concessagli dall'articolo 733; qui si tratta di eccezione alla regola generale sancita dagli articoli 691, 692 in confronto coll'articolo 733, e come diritto eccezionale, deve essere interpretato ed applicato restrittivamente; cioè, quando concorrano tali estremi e tali circostanze in forza di cui il soprassedere all'applicazione del diritto eccezionale, recherebbe, al caso nostro, grave jattura agli interessi dei creditori. Gli estremi che devono concorrere sono, quindi, la effettiva assenza del fallito; la frode indubbia di che questo allontanamento sia gravabile. Il legislatore usa la frase " quando il debitore siasi allontanato „; l'analisi di questa circonlocuzione, porta allo scoprimento di quale sia lo spirito della legge: e devesi intendere che il legislatore parla non di assenza abituale, ma invece di un'improvvisa assenza del fallito, di un ingiustificato allontanarsi di lui dai luoghi dove era abitudine sua pel disimpegno dei suoi affari trovarsi. Quindi, l'allontanamento del fallito ha, diremo così, come protasi la sua presenza immediatamente antecedente nei luoghi pei quali ora si verifica l'assenza: ossia bisogna che il fallito, dopo la propria incominciata cessazione di pagamenti, all'improvviso scompaia; è quasi di una fuga (2) che il legislatore intese parlare. Ora, quando nell'intenzione del legislatore, la quale forma

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. III, pag. 364, § 4537; CALAMANDREI, op. cit., v. I, p. 245, n. 281.

(2) Una sentenza dell'Appello di Milano (30 settembre 1885, Mazzola contro fallita Rasina *Legge*, 1885, II, 813) stabilisce che " la fuga del commerciante dalla propria sede costituisce un fatto equivalente alla effettiva cessazione dei pagamenti, a meno che non risultino speciali cause in contrario „. Questa sentenza, che è una ripetizione di un'altra in materia commerciale data dalla Cassazione di Roma l'11 settembre 1877 in causa Colonna contro i sindaci del fallimento Banca Barbosi, Lezzani e Bellezza, stabiliendo non essere necessaria la materiale cessazione dei pagamenti, ma bastare la fuga del commerciante per poter agire contro di lui come fallito, sancisce un principio indubbiamente aberrante e di nessuna efficacia, perchè accorda alla parola fuga lo stesso significato che essa riceve quando si tratta di un delinquente già tale dichiarato, e che ha riscontro poi nell'altro vocabolo di *latitanza*; mentre il legislatore qui non parla che di assenza, di allontanamento o di lontananza.

il vero spirito della legge, vediamo designarsi il concetto e la figura della fuga del fallito, tosto vediamo pullulare intorno a questa improvvisa scomparsa le forme della frode, i sospetti vaghi e scarsi dapprima, poi più fondati e numerosi; ed è su questo ambiente di probabile frode e di crescenti sospetti che il pretore deve, usando circospezione e cautele massime, accorrere alla apposizione dei sigilli, sia di propria iniziativa, cioè d'ufficio, che su domanda di creditori (1); perchè lo scopo evidente di questa misura è di garantire, tanto nell'interesse del pubblico che in quello dei creditori, che sui beni, per così dire, vacanti del fallito, non avverranno illecite manipolazioni o ingerenze. Nel Codice Albertino, come nel Codice di commercio francese, anteriormente alle modificazioni apportatevi nel 1838, l'esercizio del diritto concesso al pretore (juge-de-paix) era subordinato soltanto alla *notorièté publique* riguardo alla fuga del fallito; ma ben si vede che questo fondarsi sulla voce del pubblico sempre tendente ad esagerare la importanza delle cose, era causa di arbitrî e di errori da parte del pretore nella apposizione dei sigilli; sicchè le legislazioni posteriori hanno ommesso qualunque determinazione riguardo alla fonte da cui il pretore possa trarre la convinzione della necessità d'apporre i sigilli.

Parlando della distrazione di beni del fallito, abbiamo visto che essa può essere totale o parziale; il legislatore, per ambidue i casi, stabilisce che si possa passare alla apposizione dei sigilli; ma veramente non si vede a cosa approdi la apposizione dei sigilli e su quali oggetti si possa applicare, quando la distrazione essendo totale, meno i libri di commercio ed i bilanci annuali del commerciante, tutti gli oggetti, e gli altri documenti certo prima di ogni altro, sieno spariti; è il caso evidente dell'applicabilità di un noto proverbio " si chiude la stalla poi che son fuggiti i bovi „.

Vero è che la apposizione dei sigilli, dopo la completa sottrazione (una distrazione totale di beni non si può concepire se non come sottrazione) dei beni, può avere per iscopo, ed in ciò è indubbiamente utile di certificare giudizialmente l'avvenuta sottrazione e di assicurare *ope legis* quello stato di fatto che da essa deriva; sicchè se le merci, le masserizie del negozio, i documenti, non potranno più essere sottoposti a sigillo perchè involati, potrà eseguirsi la apposizione dei sigilli, ai magazzini, agli uffici, alle casse del fallito, per assicurarsi che la sottrazione non si muti in una sostituzione; in sostituzione, ad. es.: di merci di minor valore a merci di valore più rilevante, frodando per tal guisa i creditori.

Il legislatore non dice per parte di chi debba avverarsi la distrazione; quindi la dottrina, specialmente la francese, propugna l'opinione che la distrazione può essere fatta dal fallito come da qualunque altra persona: ma a differenza dei trattatisti francesi (2) segulti anche dal Calamandrei (3), il Vidari (4), pur accettando la tesi della indifferenza della persona che commetta la distrazione, non accoglie l'opinione di quelli; specialmente, a differenza del Bédarride (5), il quale dice che " le détournement de l'actif...c'est... un fait matériel, susceptible d'une preuve poussée jusqu'à l'évidence. C'est sur cette preuve que le juge se décidera à agir „, sostiene essere non necessario che la materiale distrazione dei beni sia avvenuta, ma che " abbiano anche solo tentato seriamente di distrarli „. Per vero, se dobbiamo rimaner ligi al dettato della legge, non v'è dubbio che la interpretazione del Vidari è esagerata, perchè il legislatore parla solo di distrazione dell'attivo come di un fatto

(1) Cfr. BRAARD-VEYRIÈRES, op. cit., vol. I, p. 114.
(2) Vedi Autori e fascicoli citati in fine al precedente numero.
(3) Op. cit., vol. I, pag. 245, n. 281.
(4) Op. cit., vol. VIII, pag. 263, § 4547.
(5) Op. cit., vol. I, pag. 260-61, § 188.

già avvenuto, ed avvenuto effettivamente ed efficacemente; di un fatto, cioè, che abbia portata una reale diminuzione dell'attivo, e non di un fatto che non abbia raggiunto tale effetto. Però, se la tutela del patrimonio devoluto al pagamento dei creditori, resa attuosa mediante la apposizione dei sigilli, deve raggiungere il proprio scopo, non vi può essere dubbio che il tentativo non riuscito, da parte di chiunque, di sottrarre parte dell'attivo deve equivalere, per il pretore che ha facoltà di apporre i sigilli d'ufficio o su istanza dei creditori, ad una materiale ed effettiva distrazione; e quindi, il Vidari bene s'appone quando interpreta lo spirito della legge come abbiamo veduto. È vero che il Bédarride, nel passo citato, dice in seguito, che se la prova " n'était pas fournie, si le détournement n'était que présumé..... " allora solo il pretore deve astenersi dall'apposizione dei sigilli; quindi, sembra accogliere anche la tesi che non sia richiesta la materiale ed effettiva distrazione, ma che basti anche il tentativo di distrarre i beni dell'attivo, purchè la prova di questo tentativo sia fornita, purchè non si vanti, semplice e sola presunzione, un tentativo di distrazione: ma tuttavia l'autore francese non è così esplicito e chiaro perchè si possa, senza molti dubbî, attribuirgli l'opinione di cui si discorre.

La evidenza della dottrina che propugna la distrazione dei beni da parte di qualsiasi persona, ne esime dal soffermarci lungamente su tale argomento: ognun vede che, siccome il legislatore intese ovviare al fatto materiale della diminuzione patrimoniale dei beni del fallito devoluti al pagamento dei creditori, non è contemplato, riguardo alla necessità dell'apposizione dei sigilli, il caso in cui la distrazione sia operata dal fallito, piuttosto che dalla sua famiglia, o dai creditori o da qualche altra persona a cui tale distrazione possa essere proficua: alla intenzione del legislatore ed alla applicabilità del disposto dell'articolo 733 capoverso, basta che il fatto sia avvenuto.

Il legislatore, parlando dell'attivo, sembra aver voluto alludere unicamente ai beni, che hanno questa vera denominazione, del fallito; crediamo invece che il legislatore volle comprendere, oltre la distrazione dei beni propriamente detti, anche la distrazione dei documenti, il trafugamento di carte che possano essere prova di esistenza di un maggior attivo, come di un passivo più rimarchevole, come delle frodi e dei reati perpetrati dal fallito. Sicchè la denominazione di attivo comprende tutto ciò che, in qualsiasi qualità, sotto qualsiasi forma, a qualunque titolo, è attualmente in possesso del fallito; onde sonovi compresi anche gli oggetti di terze persone, che per avventura fossero depositati presso il fallito, salvo a queste il diritto di rivendicarli.

Il Calamandrei (1) propone una questione, elegantissima per vero, ma che si presenta coi caratteri di dubbia solubilità. Dice questo autore, che adottando l'opinione per la quale il legislatore intenda alludere alla distrazione dell'attivo da parte di chiunque perpetrata, si viene ad esagerate e troppo rigorose conseguenze: " per esempio, nel caso di furto del quale il debitore sia vittima "; e il Calamandrei, dato il fattispecie, non vi propone alcuna soluzione. Ora sembra a noi che questo caso, che il Calamandrei espone come fattispecie di distrazione da parte di chiunque, contenga in sè stesso il rimedio e la soluzione dell'enigma. Certo che se basti al pretore la materiale distrazione, al caso del Calamandrei *sottrazione*, comunque avvenuta da parte di chiunque, la apposizione dei sigilli eseguita di fronte a quel fatto può sembrare conseguenza di una troppo rigorosa interpretazione della lettera della legge e della mente del legislatore; ma dobbiamo osservare, che oltre la distrazione mate-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 245, n. 281.

riale, il pretore deve aver riguardo anche alle circostanze in cui la distrazione si avvera, al modo del suo verificarsi, alle cause da cui può dipendere, e alla persona che la opera, non che alla intenzione di costei. Se, quindi, un ladro, nel significato normale della parola, per scopo di lucro, senza alcun accordo nè antecedente, nè susseguente al fatto, sottrae dai beni del fallito, che costituiscono l'attivo del fallimento, alcuna cosa, evidentemente non è avvenuta quella distrazione dell'attivo, cui era nella intenzione del legislatore commerciale provvedere mediante il disposto dell' art. 733 capoverso. E ben a ragione abbiamo più sopra avvertito, che in ogni caso in cui il pretore intenda passare alla apposizione dei sigilli sui beni del fallito di propria iniziativa o su domanda dei creditori, deve ben considerare i fatti e le circostanze dei fatti, per cui si può ritenere necessaria, o meglio indispensabile l'apposizione dei sigilli; e in caso questa necessarietà, questa impellenza non siano riconosciute, soprassedere ed attendere che il tribunale, secondo il diritto comune commerciale dell'articolo 691, ordini l'apposizione dei sigilli.

170. *Cose sulle quali si appongono i sigilli.* — Ora passando a vedere su quali cose il legislatore intende siano apposti i sigilli, troviamo elementi anche sufficienti per confermare quello che nel precedente numero abbiamo detto riguardo a ciò che debbasi intendere per attivo sul quale vengano perpetrate distrazioni a danno dei creditori.

L'articolo 734, in parte enumera tassativamente ed in parte accenna dimostrativamente, gli oggetti che si devono sottoporre a sigillo. A dettato di codesto articolo i sigilli sono apposti ai magazzini, ai banchi, agli uffici, alle casse, ai portafogli, ai libri, alle carte, ai mobili e agli altri effetti del fallito. Codesta enumerazione che, in parte tassativa come dicemmo, viene completata ed estesa in comprensività dalla frase " agli altri effetti del fallito „, sembra contenere una flagrante esagerazione ed una non meno flagrante contraddizione col principio generale del diritto commerciale, propugnato poi anche dalla giurisprudenza, che il fallito risponde delle proprie obbligazioni commerciali col suo patrimonio commerciale e cogli altri suoi beni patrimoniali; intendendo con questo escludere dalla devoluzione ai creditori, tutti quei beni i quali non appartengono al fallito in proprietà ma dei quali abbia solamente l'amministrazione, l'usufrutto o il possesso. Ma abbiamo detto che sembra nascano queste contraddizioni, perchè effettivamente esse non si possono riscontrare nella disposizione dell'articolo 734; chè, ivi parlandosi di " effetti del fallito „, si intese unicamente alludere agli oggetti che del fallito stesso sono in libera proprietà od in attuale possesso; che se nell'apporre i sigilli agli oggetti enumerati nell'articolo in esame, od agli altri effetti del fallito dei quali vi si parla, si comprendano cose solamente nell'attuale possesso del fallito, tra gli altri oggetti sui quali viene ad eseguirsi l'apposizione, ciò non invalida l'apposizione, nè vi sottrae la cosa. Il proprietario di questa si opporrà alla rimozione dei sigilli ed alla inventariazione, e rivendicherà, come più avanti vedremo, la cosa sua in quelle forme, in quel tempo e con quei mezzi che la legge gli accorda, ma non potrà evitare che la cosa sua venga, come le altre del fallito, assoggettata a sigillo (1).

(1) Una sentenza, alquanto arretrata (29 marzo 1874), della Cassazione di Firenze, dice che " la apposizione dei sigilli eseguita dal pretore, in seguito alla dichiarazione di fallimento di un commerciante, sopra beni mobili non appartenenti al fallito, costituisce una molestia che non dà luogo a veruna domanda di evizione. In ogni peggior caso l'azione per la restituzione del prezzo e il risarcimento dei danni non nasce prima che sia stata evitta definitivamente la cosa.

Il Calamandrei (1) sull'autorità dell'Alauzet (2), che egli cita, dice che la enumerazione che il legislatore italiano (enumerazione identica a quella del Codice abolito, articolo 563, e del Codice francese, articolo 458) fa all'articolo 734 degli oggetti del fallito su cui può imporsi sigillo, non è tassativa, ma unicamente dimostrativa; ed aggiunge che è specialmente dimostrativa per riguardo ai libri ed alle carte del fallito. Si scorge chiaramente che al trattatista italiano dette ombra la imprecisa dichiarazione del legislatore circa i libri e le carte appartenenti al fallito; perchè, deve aver pensato come in parte ha scritto il Calamandrei, la designazione libri e carte del fallito, è designazione generica, la quale può trascinare a comprendervi anche libri e carte che nulla abbiano a che fare col commercio del negoziante. Ora la dimostratività della enumerazione dell'articolo 734 per riguardo alle carte e libri ammettiamo possa esistere, perchè realmente il legislatore, come poi fece negli articoli 737 e 738, poteva parlare di libri di commercio e di carte attinenti alla gestione commerciale; ma indubbiamente anche la imprecisa designazione dell'articolo 734 riguardo ai libri ed alle carte del fallito non può avere quella forza dimostrativa che il Calamandrei è propenso ad attribuirle, dal momento che solamente i libri commerciali possono interessare i creditori, o il tribunale, o il Pubblico Ministero per diverse ragioni; e solamente le carte relative alla gestione commerciale possono avere una reale importanza per la procedura del fallimento. Si noti di più che nei citati articoli 737 e 738 il legislatore si serve indifferentemente delle designazioni di libri e di libri di commercio del fallito, delle costui carte commerciali, effetti e documenti, nella evidente intenzione che, discorrendosi di interessi commerciali, ognuno debba fermarsi alla considerazione che si tratta di libri e di documenti di commercio od al commercio relativi. Ma, pur accettando, anche in omaggio alle ragioni che il Calamandrei espone a sostegno della sua tesi, che la enumerazione dell'articolo 734 sia dimostrativa, conviene ritenere per certo, che essa è solo in parte tale, come già abbiamo detto; e cioè, tassativa per ciò che riguarda oggetti, che come i magazzini, i banchi, gli uffici, i portafogli non possono ammettere, se non per superfetazione di critica o per una morbosa esagerazione di linguistica precisione, una diversa interpretazione e significazione di quella che ragionevolmente possa farsi a tali oggetti quando si tratta di fallimento d'un commerciante; è dimostrativa, ed intesa a compcompletare la parte tassativa, quando parla genericamente di altri effetti del fallito.

Riguardo a questa voce " effetti " si rende necessaria una dilucidazione. Alcuni autori, fra cui primo il Vidari (3), non si peritano di dire, che il legislatore, parlando di *altri effetti del fallito*, intese parlare di titoli di credito. Semplicemente, questo a noi sembra insostenibile. Abbiamo veduto e cercato di dimostrare come e qualmente

---

In precedenza, l'avente causa, che è molestato, può domandare al proprio autore di esserne solamente difeso ".

Il VIDARI, op. cit., pag. 366, § 4550, col quale noi in questo completamente concordiamo, crede che quando pure il proprietario della cosa che verrebbe ingiustamente sottoposta a sigillo protestasse, il pretore dovrebbe ugualmente farvi apporre i sigilli, pur lasciando libera la via del richiamo all'Autorità superiore da parte di colui al quale la cosa veramente appartenesse.

Il Calamandrei, e con lui il Boulay-Paty non che il Pardessus, il Demangeat ed altri Autori francesi, accettano la tesi della imponibilità dei sigilli ad oggetti di terzi in attuale possesso del fallito; però ritengono che il fallito possa eccettuare dall'apposizione dei sigilli quegli oggetti di cui sia *notoria* la proprietà in altra persona che il fallito.

(1) Op. cit., pag. 247, n. 283.

(2) Op. cit., n. 2560.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 365, § 4550 *a*.

la espressione " altri effetti del fallito „, usata dal legislatore, tenda a dare un carattere di maggior comprensività alla enumerazione dell'articolo 734, aggiungendo la dimostratività alla tassatività che informa l'articolo stesso. Per essere coerenti a noi stessi, dobbiamo, anzitutto, opporre tale concetto dimostrativo, attribuito a detta espressione, al concetto tassativo che il Vidari afferma in essa; poichè il dire, che " effetti del fallito „ equivale a *titoli di credito*, è come dire che un complesso di oggetti i più disparati equivalgono ad una sola e ben definita categoria di cose; quindi per questo lato riteniamo la interpretazione data dal Vidari inaccettabile. Poi la denominazione effetti, presa in sè, per quanto inserita in un articolo del Codice di commercio, non induce che *juris tantum* una presunzione che la faccia equivalere all'altra " effetti di commercio „ più precisa e più propria al diritto commerciale, dalla quale solamente il Vidari poteva dedurre la interpretazione di effetti di credito o titoli di credito; e contro questa presunzione sta la locuzione che il legislatare usa allo articolo 738, dove parla delle cambiali e degli *altri titoli di credito;* sicchè si vede che, per lo meno, gli altri effetti del fallito devono comprendere anche le cambiali: di più è evidente che il legislatore ha voluto assegnare alla voce " effetti „ un più ampio significato di quello che le accorderebbe il Vidari e, forse, anche più esteso di quello che si possa intendere incluso nella locuzione " effetti di commercio „. Il legislatore, che ha enumerato e designato le cose che intende sottoporre a sigillo, ha voluto, parlando degli " altri effetti del fallito „, comprendere un maggior numero di cose che non quelle che vanno sotto la denominazione di effetti di commercio; intese, cioè, alludere a tutte quelle cose che, essendo in proprietà del fallito, possano essere raccolte nella massa onde accrescerne l'ammontare e raggiungere un attivo su cui i creditori possano ottenere una più ampia soddisfazione; però, noi assegniamo alla frase " altri effetti del fallito „ quest'ultimo significato.

Un altro dubbio può nascere riguardo al significato da attribuire alla voce " mobili „, usata pure dal legislatore come voce dimostrativa di un complesso di oggetti che non sieno immobili per natura o per destinazione. Ma non assume, però, la voce " mobili „, qui usata dal legislatore, quel significato che nella legge si usa attribuirle in contrapposto all'altra voce " immobili „, destinata a designare quella categoria di beni che per natura o per destinazione non si possano togliere da un luogo per trasportarli in un altro; qui la voce mobili integra la frase " altri effetti del fallito „, e vale ad indicare unicamente ciò che è suppellettile, mobilio appartenente al fallito per l'uso suo o per l'uso del suo negozio o del suo ufficio; ha, insomma, quella stessa significazione che è attribuita alla stessa voce mobili usata dal legislatore nell'articolo 735; quindi le macchine addette all'industria del fallito, gli attrezzi, gli utensili, gli arnesi a quelle annessi, benchè mobili, non sembrano compresi nella qualifica usata qui dal legislatore; tanto più che debbono considerarsi immobili per destinazione.

111. *Avviso dell'avvenuta apposizione dei sigilli dato al presidente del tribunale.* — Il Codice di commercio francese del 1808, all'art 453, esigeva che, avvenuta l'apposizione dei sigilli, il giudice di pace dovesse inviare il processo verbale al tribunale; l'art. 458 del Codice francese attuale, simile all'art. 563 del Codice italiano abolito, a cui l'attuale Codice non fece variazioni, stabilì invece, che il giudice di pace dovesse dare avviso al presidente del tribunale dell'avvenuta apposizione; e ciò si fece nell'intenzione di rendere quanto più fosse possibile men dispendiosa la procedura del fallimento e di evitare i facili disguidi che potevano verificarsi per la indeterminazione della per-

sona cui il processo verbale doveva essere indirizzato.

Sia che il pretore abbia apposto i sigilli sull'ordine ricevuto dal tribunale che ha pronunziata la sentenza dichiarativa del fallimento, sia che abbia proceduto all'apposizione d'ufficio o su domanda dei creditori, il capoverso dell'art. 734 gli impone di darne avviso al presidente del tribunale. L'avviso sarà redatto in forma sommaria e conterrà per sommi capi l'enunciazione di quegli eventi che si fossero verificati nella apposizione, e l'annuncio del compilato processo verbale. Notisi che, sebbene il capoverso dell'art. 734 non specifichi il tribunale al cui presidente deve essere spedito l'avviso, tuttavia è fuori di dubbio che il tribunale è quello che ha dichiarato il fallimento o che lo dichiarerà, e non il tribunale nella cui giurisdizione è posto il mandamento del pretore che appose i sigilli. Di ciò si scorge facilmente la ragione; perchè essendo il tribunale che dichiara il fallimento quello che deve ordinare l'apposizione dei sigilli, deve essere portata a notizia di questo e non di altro tribunale, l'avvenuta apposizione.

111bis. *Formalità e processo verbale di apposizione dei sigilli.* — Quando in qualsiasi epoca o momento, il pretore procede alla apposizione dei sigilli, deve stendere processo verbale dell'apposizione. L'articolo 848 del Codice di procedura civile, al quale Codice il legislatore commerciale ha abbandonato la regola per l'apposizione dei sigilli anche in materia di fallimento, — per quanto, come si è visto, non sembrino applicabili al fallimento, nè concordabili con le disposizioni dell'articolo 733, le disposizioni dell'articolo 847 (1), capoverso, Codice di procedura civile, specialmente per l'applicazione dell'aforisma giuridico " *ubi legislator voluit dixit, ubi noluit tacuit*, — stabilisce che il petente l'apposizione dei sigilli, e quindi sia esso creditore (Cod. comm., art. 733), oppure curatore (Cod. comm., art. 744), deve eleggere domicilio nel Comune o nel mandamento in cui si deve procedere, coll'indicazione della persona o dell'ufficio presso cui lo elegge. Quando vi abbia domicilio o residenza, può invece dichiarare la casa ove ha l'uno o l'altra.

Procedendo alla materiale apposizione dei sigilli, quando il pretore trova chiuse le porte dei luoghi ove sono gli oggetti da sigillare, oppure incontri ostacoli nell'adempiere all'obbligo suo, o nascano difficoltà prima o durante l'apposizione, può ordinare l'apertura, anche forzata, delle porte e provvedere, comunque, alla rimozione degli ostacoli e delle difficoltà (Codice procedura civile, art. 850).

Le chiavi delle serrature su cui vennero apposti i sigilli, vengono date in custodia al cancelliere; il quale deve tenerle sino a che sia ordinata la rimozione dei sigilli; e della consegna delle chiavi vien fatta menzione nel processo verbale d'apposizione (art. 851). L'articolo 853 trova la sua applicazione nell'articolo 735 del Codice di commercio.

L'articolo 855 del Codice di procedura civile stabilisce che il processo verbale deve contenere l'indicazione del luogo, dell'anno, del mese, del giorno e dell'ora e delle rimessioni ad altri giorni ed ore; il nome, cognome dell'instante (nel caso sia domandato da un creditore o dal curatore) e l'elezione o la dichiarazione di domicilio o di residenza da lui fatta a norma del capoverso, da noi citato, dell'articolo 848 Codice procedura civile; quando i sigilli sono posti d'ufficio dal pretore (non sull'ordine del tribunale che ha pronunziata la sentenza dichiarativa di fallimento), l'accenno a ciò; il motivo della apposizione (non nel

(1) Il Calamandrei ritiene intieramente applicabili al fallimento tutte le disposizioni del Codice di proc. civile per l'apposizione dei sigilli, compresavi quella dell'art. 847 capoverso.

caso della sentenza dichiarativa pronunziata dalla competente autorità giudiziaria); se l'apposizione sia stata ordinata con sentenza, l'indicazione di questa e dell'autorità giudiziaria che l'ha pronunciata; il nome e cognome delle parti intervenute (1) e le osservazioni fatte da esse: l'indicazione dei luoghi, mobili ed oggetti sui quali i sigilli sono apposti, e la descrizione del modo con cui ciò fu eseguito; l'interpellanza fatta dall'ufficiale procedente, e la risposta data sul proprio onore da coloro che dimorano nel luogo in cui i sigilli sono apposti, se abbiano veduto o sappiano che alcuna cosa sia stata direttamente o indirettamente tolta o traslocata; la nomina del custode presentato dagli aventi interesse, se sia responsabile, e, in difetto, di un custode nominato d'ufficio; le altre indicazioni richieste dalla legge o credute necessarie dal pretore. Il processo verbale è poi sottoscritto dalle parti intervenute, dal pretore e dal cancelliere.

Art. 735.

Le vesti, le masserizie e i mobili, necessarii al fallito ed alla sua famiglia, non sono posti sotto sigillo, ma, premessa una sommaria descrizione, sono lasciati ad essi, salvo al giudice delegato di provvedere nel caso di richiamo per parte del curatore o della delegazione dei creditori.

Art. 736.

Le cose delle quali fu autorizzata la vendita e quelle che servono all'esercizio del commercio del fallito, se il curatore fu autorizzato a continuarlo, non sono poste sotto sigillo, qualora il curatore lo domandi, ma devono essere immediatamente descritte nell'inventario e fatte stimare in presenza del pretore. Il processo verbale sottoscritto dal pretore deve essere tosto trasmesso al giudice delegato.

Art. 737.

I libri di commercio del fallito non sono posti sotto sigillo se il curatore lo domandi, ma devono essere vidimati e previa minuta descrizione dello stato in cui si trovano in un processo verbale, che dev'essere trasmesso al giudice delegato, devono essere consegnati al curatore, coll'obbligo di depositarli immediatamente nella cancelleria del tribunale.

Il giudice delegato può autorizzare il curatore a trattenerli o a farseli consegnare per valersene nei bisogni dell'amministrazione; ma

(1) Fallito, curatore, creditori, ed anche parenti del fallito.

deve determinare il tempo che reputa a ciò necessario. Trascorso il tempo stabilito dal giudice, i libri del fallito devono essere depositati e restare inamovibili nella cancelleria sino alla chiusura del fallimento, salvo che, essendo impugnati di falso, il giudice penale ne richieda la temporaria consegna per il pubblico giudizio.

Il curatore, allorchè sia depositario dei libri del fallito, deve presentarli, qualunque volta ne sia richiesto, all'ispezione del giudice delegato, della delegazione dei creditori o del giudice istruttore.

Sommario.

172. *Oggetti sottratti all'apposizione dei sigilli.*
173. *Provvedimenti del giudice delegato provocati dal curatore o dalla delegazione dei curatori.*
174. *Vendita di beni del fallito. — Continuazione del commercio del fallito.*
175. *Descrizione degli oggetti non assoggettati a sigillo. — Art.* 736.
176. *Domande del curatore per sottrarre oggetti del fallito all'apposizione dei sigilli.*
177. *Consegna dei libri di commercio al curatore; deposito alla cancelleria del tribunale; consegna temporanea al giudice penale.*
178. *Il curatore e l'ispezione dei libri di commercio del fallito da parte del giudice delegato, del giudice istruttore o della delegazione dei creditori.*
179. *Autorizzazione del giudice delegato per la consegna al curatore delle cambiali e dei titoli di credito del fallito.*
180. *Atti conservativi e provvedimenti del curatore intorno a tali atti. — Elenco dei documenti consegnato al giudice delegato.*

172. *Oggetti sottratti alla apposizione dei sigilli.* — Abbiamo finora veduto nei precedenti numeri quali sono gli oggetti del fallito che devono essere sottoposti alla apposizione dei sigilli ed abbiamo veduto altresì, come, quando e dove si proceda a questa operazione; da chi e con quali formalità ed alla presenza di quali persone. Passiamo ora a vedere quali oggetti sieno sottratti alla apposizione e quale scopo abbia tale privilegio od eccezione accordata in favore di alcuni oggetti.

Come principio generale, preponiamo che nessun oggetto può essere sottratto all'operazione della apposizione dei sigilli a nessun titolo; che il titolo di possesso vale a rendere valida la apposizione; che gli oggetti del fallito sono, e devono essere, soggetti alla apposizione dei sigilli anche se trovansi presso un'altra persona (1), e come debbasi interpretare questa facoltà di perseguitare gli oggetti del fallito anche presso terza persona, vedremo più avanti: che, infine, secondo alcuni autori (2), anche il fardello nuziale della moglie del fallito può essere sottoposto a sigillo, salvo rivendicazione o riscatto a seconda dei casi.

Il principio che il legislatore ha stabilito nei quattro articoli che prendonsi ora ad esame, ha deciso carattere di eccezione al principio della apposizione incondizionata ed universale, che è stabilito dagli articoli

(1) In *favore* VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 366, § 4555: RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 402; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 262, n. 191 e seguenti: *contro*, e senza bastevole giustificazione, CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 248, n. 384.

(2) BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 262, n. 192.

733 e 734. Questo diritto eccezionale ha la sua ragione in due diversi concetti; il primo, quello toccato dall'articolo 635, al quale esso s'informa, che ha la sua radice nella disposizione di ordine pubblico stabilita dagli articoli 585-586 Codice procedura civile, per cui gli oggetti che servono al debitore od alla di lui famiglia per la vita materiale, non possono oppignorarsi mai o solo per eccezione; perchè non è compatibile nè coll'ordine pubblico, nè coi più embrionali sentimenti di umanità che al debitore siano tolti, e più che al debitore alla di lui famiglia, i mezzi e gli oggetti anche necessarî per vivere la vita più miseramente squallida. Il secondo concetto si connette alla tutela dell'interesse della massa dei creditori unitamente a quello del fallito; perchè può avvenire, e specialmente nei fallimenti di industriali, che la massa patrimoniale potesse trovarsi diminuita dalla conservazione di merci od oggetti facilmente deperibili o non potesse aumentarsi per lo aver trascurato atti che alla massa patrimoniale del fallimento potevano arrecare incremento.

Abbiamo detto che la disposizione che tende ad assicurare al fallito ed alla sua famiglia i mezzi più indispensabili di vita, è una disposizione d'ordine pubblico. Appunto per questo particolare carattere, essa si applica malgrado la opposizione di chiunque, malgrado il rifiuto del fallito o della sua famiglia: la società non può permettere l'esercizio del rigido diritto che porta all'esecuzione sui beni del debitore ed alla più completa spogliazione di costui per mano del creditore, non solo al creditore, ma neppure al debitore stesso, il quale volesse compiere questo estremo sacrifizio di tutto il suo avere, così come non tollera nel giure penale la utilitaria applicazione dell'aforisma " *volenti non fit injuria* „, per sgravare dalla responsabilità chi abbia arrecata *injuria* ad altri sulla costui domanda: l'individuo nella società civile non può disporre, assolutamente, neppure della sua vita, la quale, legata com'è al benefizio che la sua cooperazione può arrecare alla società, o tollerata, per sentimenti delicati di umanità non dimenticati neppure in confronto di chi opera a ferirla, impone agli individui stessi alcuni doveri ai quali è necessità essi sottostieno.

Spiegata così la qualità e l'estensione della disposizione sancita dall'articolo 735, vediamo quale diversità corra tra queste e le disposizioni degli articoli 736, 737 e 738, i quali, pure, sottraggono alla opposizione dei sigilli molte altre cose appartenenti al fallito.

L'eccezione stabilita dall'articolo 735 si applica *ipso iure* dall'ufficiale che procede all'apposizione dei sigilli, senza bisogno che il fallito o la di lui famiglia od altro interessato ne faccia domanda; e come non è la domanda d'alcuno che provochi l'applicazione del disposto dell'articolo 735, così nessuna opposizione può venire sollevata efficacemente contro di essa: nè è ad intendere che il diritto di reclamo, accordato al curatore e alla delegazione dei creditori, sia concesso allo scopo di togliere al fallito ciò che gli fu assegnato dal pretore quando furono apposti i sigilli; ma il richiamo che può essere sollevato contro gli oggetti lasciati al fallito, non è già perchè gli oggetti sieno stati rilasciati, è, invece, diretto a misurare la quantità degli oggetti stessi, in modo che una pietà troppo sentita per il debitore non tragga a ledere gli interessi dei creditori. Invece, nessuna delle cose di cui si parla negli articoli 736, 737 e 738 può essere sottratta alla apposizione dei sigilli di iniziativa dell'ufficiale che procede a quella operazione. Ma siccome il bisogno, per la procedura del fallimento e per la amministrazione della massa patrimoniale del fallito, di aver sotto mano le carte, i documenti, i libri di commercio di lui è continuo, ed a ciò l'apposizione dei sigilli sarebbe di ostacolo, così tutti questi vari documenti vengono sottratti alla sigillazione e, previe alcune particolari e tassa-

tive cautele, consegnati a quella persona che è prescelta per l'amministrazione del fallimento.

Riguardo agli oggetti che per l'art. 735, vengono sottratti per una disposizione di ordine pubblico, l'art. 564 del Codice cessato, diceva che solamente le vesti, le masserizie e i mobili " *strettamente* necessari „ al fallito ed alla sua famiglia, gli erano lasciati.

Il Codice di commercio francese dà allo articolo 469 disposizioni analoghe a quelle esposte dal legislatore italiano negli articoli 736, 737 e 738. Però è specialmente da osservare la mancanza di carattere di disposizione d'ordine pubblico, che ha avuto, dal legislatore francese, la concessione dei mobili, vesti e masserizie necessari al fallito ed alla sua famiglia. È il giudice commissario, delegato, che può, su domanda dei sindaci, dispensarli dal sottoporre a sigillo, od autorizzarli ad estrarre dal complesso degli oggetti sigillati, gli abiti, le biancherie, i mobili e gli effetti necessari al fallito ed alla sua famiglia. E il giudice delegato non ha facoltà di autorizzare i sindaci a ciò se questi non gli presentano uno stato del fallimento. Sicchè è qui palese il carattere di dipendenza dall'interesse dei creditori che assume la concessione fatta al negoziante ed alla sua famiglia.

La dizione " *strettamente* necessari „ dell'abolito Codice di commercio italiano, per quanto limitativa e della qualità e della quantità degli oggetti che dall'articolo 564 erano concessi al debitore ed alla sua famiglia, non in altro senso poteva essere interpretata che in quello di concedere al fallito quella quantità di oggetti di vestiario, ed in genere di masserizie ed utensili famigliari, mercè di cui potesse trarre innanzi la sua vita con quell'agiatezza che alla sua antica condizione fosse più vicina: e a correggere l'apparente severità dell'art. 564 soccorreva il disposto dell'articolo 582, pari all'articolo 752 dell'attuale Codice, accordando al fallito il diritto di domandare per sè e per la sua famiglia, sull'attivo del fallimento, quei soccorsi a titolo di alimenti che sulla proposta dei sindaci, sarebbero stati fissati dal giudice delegato. Al legislatore del vigente Codice di commercio, parve sufficiente la voce " *necessari* „ per evitare alla massa patrimoniale dovuta ai creditori, sperperi colpevoli, per quanto motivati da un sentimento pietoso, ed intese che il criterio, espresso dal suo predecessore colla parola " *strettamente* „, fosse per intero conservato; ond'è che troviamo nei verbali della Commissione per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio, scritto: " Alla regola che tutto il patrimonio del fallito deve essere sottoposto ai sigilli, succedono alcune eccezioni. " La prima di queste, suggerite da riguardi di umanità, concerne le vesti, le masserizie e i mobili, nella sola parte strettamente necessaria al fallito ed alla sua famiglia..... „ (1). Il Vidari (2) ritiene che la soppressione della parola *strettamente* fatta dal legislatore del 1882 non abbia accordata alcuna estensione maggiore al criterio che deve guidare la concessione al fallito ed alla sua famiglia degli oggetti di cui parla l'art. 735, ed in proposito scrive: " Sebbene la parola *strettamente* sia stata ommessa nel testo definitivo, non perciò si vuole significare alcuna cosa di diverso, perchè un oggetto di cui si ha strettamente bisogno è, per ciò solo, necessario; la necessità essendo quello che è, e non potendo quindi essere larga o stretta „. Tuttavia questo autore, e con lui il Calamandrei (3) che di questa opinione lo applaude, non vedono che la interpretazione della necessità, di cui parla il legislatore commerciale, per quanto porti alla esclusione

(1) *Atti della Commissione*, 1872, tornata 4 febbraio 5572 - Verbale .795.

(2) *Il nuovo Codice di comm.*, art. 735.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 242, n. 276.

del superfluo, però non sbandeggia la relazione che deve esistere tra la condizione economica antecedente al fallimento, e la condizione economica dell'attuale fallito: che invece, se al criterio diggià restrittivo che è contenuto nella nozione di necessità si aggiunge un rafforzativo della portata della parola " *strettamente* „, la relazione suaccennata non può più esistere, e se al fallito verranno accordati degli oggetti enumerati dall'articolo 564, ora 735, quantità così tenui o qualità così scadenti da ridurlo al più misero tenore di vita, non sarà leso nè male interpretato il criterio espresso colle parole " *strettamente* necessari „; perchè quando al fallito ed alla sua famiglia siano accordati i sufficienti mezzi per non morire di inedia o d'assiderazione, la stretta necessità della concessione sarà osservata. Il Vidari dice che la necessità è " quello che è „, e non può " quindi essere larga o stretta „; ma adagio ai mali passi: la necessità, umanamente, al pari, cioè, di tutte le cose umane e secondo un criterio pratico e non metafisico, non è per nulla concepibile con una così ristretta veduta quale è quella del Vidari: questo criterio assoluto che l'illustre commercialista caldeggia, è, puramente e semplicemente, un criterio erroneo come quello che indurrebbe ad una interpretazione troppo restrittiva, e quindi iniqua ed intollerabile, della mente del legislatore, interpretazione che irriderebbe al principio cui il legislatore volle rendere omaggio col sancire l'articolo che ora esaminiamo. Quindi, siccome è solo con un criterio di relatività, e non con un criterio assoluto che adotta un comune denominatore per qualsiasi fallito, in qualsiasi condizione, che si deve interpretare l'articolo 735 e ciò che ivi per " necessari „ intenda il legislatore, così appunto, per servirci in contrario delle stesse parole del Vidari, la necessità è cosa che può essere larga e stretta. Crediamo di avere per tal guisa data la interpretazione più conforme allo spirito della legge per riguardo alla necessità delle vesti, dei mobili e delle altre masserizie di casa che possono abbisognare al fallito od alla sua famiglia.

Il legislatore concede, sull'attivo del fallimento, al fallito debitore, diremo così, il contenuto dell'azienda domestica, ma non il contenente; e, per parlare con chiarezza, non concede l'alloggio, l'appartamento necessario all'abitazione del fallito e della sua famiglia. Vero è che l'art. 752 parla della facoltà concessa al giudice delegato di dare al fallito sull'attivo del fallimento i *necessari soccorsi* per lui e la di lui famiglia: dunque in quell'ampiezza di interpretazione che può ricevere la voce " *soccorsi* „ si può, indubbiamente, far entrare così la concessione dell'alloggio, come il pagamento della pigione dell'alloggio stesso.

Il Codice abolito nel già accennato articolo 582 parlava di soccorsi a titolo di *alimenti* e questa voce *alimenti* aveva una ben altra portata di quella che non abbiano le semplici parole " *soccorsi necessari* „ da concedersi al fallito ed alla sua famiglia. Una recente sentenza stabilisce che " per la determinazione della pensione *alimentaria* deve tenersi conto opportuno di *tutte le necessità della vita*, alle quali appartengono oltre il vitto, l'*alloggio* ed il vestito, anche il servizio domestico, e fino ad un certo punto, anche l'educazione ed istruzione dei figli „ (1); ed un'altra sentenza stabilisce che " negli *alimenti* si comprendono anche le spese per i *medicinali* „ (2): dunque non v'era dubbio che il fallito secondo il cessato Codice di commercio dovesse ritenersi aver diritto oltre che alle vesti, alle masserizie ed al mobilio di casa, anche all'alloggio, il che non è più a dirsi, od almeno si cela in una più difficile inter-

(1) Appello di Roma, 20 febbraio 1884, Orsini c. Orsini (*Legge*, 1885, I, 416).

(2) Tribunale civile di Novara, 24 febbraio 1882, Muttini-Baldi c. Uguzio (*Legge*, 1882, II, 667).

pretazione, per le disposizioni dell'attuale Codice di commercio.

Una sentenza, data quando ancora vigeva il Codice commerciale del 1865, non ammetteva dubbio circa la interpretazione da darsi all'art. 582 per gli alimenti, fra i quali si intendeva compreso anche l'alloggio: dice la sentenza che " l'art 564 del Codice di commercio, per cui non si devono sottoporre ai sigilli, le vesti, le masserizie e i mobili strettamente necessari al fallito ed alla sua famiglia, *non comprende* anche la *casa d'abitazione* dei medesimi, guernita di tali oggetti; ma se il fallito e la sua famiglia abbisognano della stessa casa o di altro *alloggio a spese dell'attivo del fallimento*, deve il fallito proporne la domanda col giudizio previsto dall'articolo 582 del detto Codice, onde avere soccorsi a titolo d'*alimento* „ (1). Oggi invece, ripetiamo, la chiarezza che proveniva dall'articolo 582 non esiste più di fronte alla disposizione dell'articolo 752; ma la dottrina, se non la giurisprudenza muta a tale riguardo, afferma che il fallito in base all'articolo 752 ha diritto all'alloggio che va gravato sull'attivo del fallimento come soccorso necessario al fallito ed alla famiglia sua (2).

Sulle vesti, le masserizie, il mobilio necessario alla famiglia del fallito insorgerebbero varie questioni e non al tutto destituite di importanza. Tali questioni avrebbero causa al loro nascere, da ciò che riguarda la necessità di cui parla il legislatore all'art. 735, e che vedemmo interpretato in senso assoluto dal Vidari. Così non par dubbio che esula dal criterio di necessità che informa l'articolo in esame, l'idea di lusso negli oggetti da sottrarsi alla sigillazione. Ma se le masserizie, il mobilio di casa del fallito e della sua famiglia, per la ricchezza degli oggetti di cui si compongono (mobili artistici, argenterie da tavola, ad esempio) rappresenta un ingente valore che realizzato, potrebbe essere unito all'attivo della fallita su cui si fanno le periodiche distribuzioni alla massa dei creditori, come si è visto parlando del curatore e come si vedrà meglio più avanti, saranno ugualmente lasciati come necessari oggetti al fallito? Certo l'art. 735 non dà alcun lume in proposito, nè alcuna guida si può avere dalle altre disposizioni riguardanti la formazione dell'attivo della massa e la sua liquidazione, nè dalla dottrina, o dalla giurisprudenza: e neppure è sufficiente a sciogliere il dubbio quella interpretazione esageratamente restrittiva propugnata dal Vidari. Perchè la legge, per quanto non dica che i mobili, le vesti e le masserizie che, essendo necessarie al fallito ed alla sua famiglia, non sono sottoposte a sigillo, siano quelli che già servivano al fallito, tuttavia si deve argomentare che quelli e non altri volle

(1) Appello di Genova, 6 febbraio 1875, Mossone c. Sindaci di fallimento (*Legge*, 1877, I, 312).

(2) Pari all'articolo 285 del Codice cessato è l'articolo 474 del Codice francese di commercio. Il Codice francese del 1808 non concedeva al fallito un'azione per gli alimenti che dopo la formazione della massa dei creditori. Il Renouard proponendo la modificazione inserita poi nell'art. 474 diceva: " Il vaut mieux accorder régulièrement de faibles secours au failli, que de le contraindre, sous peine de mourir de faim, à se faire lui-même sa part, et à se créer des ressources illégitimes. „

Il giudice delegato (juge-commissaire), secondo il Dalloz e il Bédarride, " arbitre les secours suivant les besoins du failli et de sa famille, et en tenant compte des ressources de la faillite. Il ne doit jamais perdre de vue que ce secours n'est délivré que à titre d'aliments, et doit, en conséquence, être strictement mesuré aux besoins réels de ceux qui l'implorent. M. Bédarride, n° 311, fait aussi remarquer, avec raison, que le juge-commissaire doit prendre en considération le caractère de la faillite. Si les apparences sont de nature à faire supposer la fraude, si l'on peut présumer qu'il a eu détournement de l'actif la demande de secours doit être rejetée. Quand le failli a eu recours à des moyens illégaux et condamnables, toute faveur deviendrait injuste et impossible. C'est dans ce sens que la loi fait de la remise d'un secours une simple faculté et non un devoir „ (DALLOZ, op. cit., pag. 155, n. 399).

significare il legislatore; ed usando la parola " lasciati „ per indicare l'uso cui tali oggetti sottratti alla apposizione dei sigilli sono destinati, viene ad essere stabilito già l'uso ed il dominio antecedente alla fallita, di quegli oggetti; senza contare poi che tanto le vesti che le masserizie ed i mobili devono esistere di fatto nella sostanza e nella proprietà del fallito perchè su di essi possa o non farsi luogo alla apposizione dei sigilli. Però crediamo che possa formare oggetto del reclamo presentabile dal curatore o dalla delegazione dei creditori, il rilascio al fallito ed alla sua famiglia, come oggetti necessari, di mobili, masserizie ed anche di vesti di gran valore.

Un'altra questione, che riguarda la famiglia del fallito a cui devono essere lasciati gli oggetti de' quali sopra si è discorso, sorge sui membri di codesta famiglia: si può domandare, cioè, cosa intenda il legislatore commerciale per la famiglia del fallito, e quali persone ammetta a farne parte; se debbasi considerare solamente la famiglia ascendente o la discendente; se nella parola famiglia si intendano compresi anche i cognati del fallito ed i collaterali.

A parer nostro il legislatore commerciale, nel sancire la disposizione dell'art. 735 considerò più la famiglia come ambiente materiale di vita del fallito, che come complesso di vincoli di sangue o di parentela: quindi, parlando della famiglia, il legislatore volle indicare quelle persone che convivono (1) col negoziante, ora fallito, in rapporto di parentela, e quindi ascendenti e discendenti parenti cognatizi od agnatizi, purchè cotestoro dipendessero assolutamente per vivere dal commerciante già prima del fallimento; sicchè se il fallito fa una sola famiglia col padre, i fratelli, la moglie, i figli, i nipoti, ed egli solo provveda col suo commercio al mantenimento di tutti costoro, nessun dubbio che questa sia la famiglia del fallito alla quale alludono gli articoli 735 e 752 del Codice di commercio; mentre, non ostante i vincoli preminenti del sangue che legano il padre al figlio e il figlio al padre, non potranno ritenersi applicabili le disposizioni dei due articoli citati, quando il figlio o il padre commerciante, non viva celibe o coniugato, co' suoi ascendenti o co' suoi discendenti; è quindi, più che la qualità dei vincoli di sangue tra fallito e suoi parenti, la materiale convivenza quella che costituisce la famiglia di cui parla il legislatore commerciale.

La sottrazione alla sigillazione delle vesti, masserizie e mobili concessi al fallito per l'uso suo o della famiglia, non esclude la rappresentazione e l'inventariazione di tali oggetti nella massa patrimoniale e come facenti parte del passivo del fallimento: è una simulata mancanza di tali oggetti che viene quasi a crearsi di fronte alla massa patrimoniale del fallimento, non è una inesistenza di fatto degli oggetti stessi (2). A tale scopo, quantunque sottratti alla apposizione dei sigilli, anzi per questo, gli oggetti vengono, all'atto della non apposizione dei sigilli, sommariamente descritti e poi inventariati a norma dell'art. 741: e il fallito cui vengono lasciati non può alienarli, perchè essi giaciono siccome sottoposti ad un sequestro giudiziale, ma solo può servirsene con la cura d'un buon padre di famiglia, senza procurare altro deperimento all'infuori di quello che dall'uso provenga; essi verranno poi computati come parte di quei soccorsi che devono essere accordati al fallito.

Parrebbe che il giudice delegato, al quale il curatore e la delegazione dei creditori indirizzano il reclamo sul rilascio al fallito degli oggetti, di cui parla l'articolo in esame, dovesse accordare favorevole evasione a tale reclamo. Il legislatore non ha

(1) Su ciò spende poche parole C. PAGANI " Il fallimento „ (*Dig. Ital.*, disp.ª 88, pag. 105, n. 65).

(2) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 329 n. 213.

fatto al giudice delegato una facoltà di ricevere il reclamo e provvedervi, ma ha detto che è il giudice delegato che provvede in caso di reclamo. Evidentemente la non perfetta locuzione della legge non può danneggiare lo spirito di questa; perchè poi, l'articolo 910 non ammettendo reclamo contro la decisione data dal giudice delegato, dinota come il reclamo contro la concessione al fallito delle vesti, mobili e masserizie di casa, non debba forzatamente ottenere grazia appo il giudice delegato.

Lo scopo del reclamo, il quale, come si vede, non può essere sollevato nè dal fallito, a cui provvede l'articolo 752, nè dai singoli creditori, non può essere ad altro diretto che a diminuire la quantità della concessione fattagli, oppure, in casi particolari, anche la qualità di tale concessione: cioè a diminuire una esagerata concessione. Il giudice, quindi, in caso di reclamo non può dirigere la propria attività ad altro che ad indagare se le cose al fallito ed alla sua famiglia assegnate siano superiori al necessario, sempre considerando la necessità delle cose lasciate al fallito con quel criterio di relazione che deve esistere tra la condizione del fallito, precedentemente alla catastrofe, e la sua condizione attuale.

113. *Provvedimenti del giudice delegato provocati dal curatore o dalla delegazione dei creditori.* — La legge non dice quale effetto, di fronte al fallito, possa avere il reclamo accolto favorevolmente dal giudice delegato; non dice, cioè, se il giudice delegato riconosciuta, sul reclamo della delegazione dei creditori o del curatore, esagerata la quantità di vesti, mobili e masserizie concessa al fallito, possa ordinarne la diminuzione. Dunque a che serve il reclamo? Il giudice delegato non può, certamente, diminuire, la entità del rilascio fatto al fallito e quindi non può rendere effettivo il reclamo della delegazione dei creditori o del curatore. Sicchè noi ci troviamo di fronte ad una facoltà concessa all'amministrazione del fallimento, che rimane spoglia d'efficacia, ad un atto dell'autorità giudiziaria che rimane privo di sanzione.

Il Codice francese di commercio non occasiona simili antinomie; perchè nell'articolo 469, identico al nostro 735, sottopone all'autorizzazione del giudice delegato la proposta dei sindaci di sottrarre alla apposizione dei sigilli, le vesti, i mobili, le masserizie necessarie al fallito ed alla sua famiglia; mentre l'articolo 564 del Codice italiano abolito, crea già gli errori che abbiamo rilevati nel Codice attuale all'articolo in esame. E neppure è da ricercarsi la qualità del provvedimento che il giudice delegato prenderà a norma dell'art. 735, nella disposizione dell'articolo 727 capoverso; il quale dice che il giudice delegato ordina i provvedimenti urgenti che occorrono per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa: giacchè qui, evidentemente, i beni della massa non corrono alcun pericolo sia per la sicurezza che per la conservazione loro, essendo come sotto sequestro e descritti e accolti nell'inventario. Quindi vi è senza dubbio una lacuna nell'articolo 735, riguardo alla qualità del provvedimento, che il giudice delegato prende, accogliendo il reclamo della delegazione dei creditori o del curatore (1).

114. *Vendita dei beni del fallito. — Continuazione del commercio del fallito.* — Seguendo la enumerazione incominciata nell'articolo 735, il legislatore coll'art. 736 sottrae alla apposizione dei sigilli le cose delle quali fu autorizzata la vendita e quelle che servono all'esercizio del commercio del fallito, qualora il curatore sia stato autorizzato a continuarlo. Ma queste cose non sono, però, sottratte alla apposizione dei sigilli di pien diritto per qualche ragione di

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit, vol. I, pag. 250, n. 287.

umanità, ma unicamente lo sono in vista di giovare agli interessi dei creditori; perciò la sottrazione delle cose di cui fu autorizzata la vendita o di quelle che servono a continuare il commercio del fallito, non avviene se non allora quando il curatore, che è il miglior interprete degl'interessi veri della massa, lo domandi. Che, se il curatore opinando che l'apposizione dei sigilli coll'immobilizzare temporaneamente cose soggette a rapido deterioramento, od a deprezzamento, o senza delle quali non si possa continuare il commercio del fallito, non danneggi gli interessi della massa non domandi la non apposizione dei sigilli, avrà agito ugualmente in conformità della legge, nè gli potrà essere mosso rimprovero di illegalità d'atti amministrativi.

Le misure di legge raccolte negli art. 736 e 738, il quale ultimo vedremo più avanti, sono misure di carattere eminentemente amministrativo e conservativo, e per ciò dipendono, salvo alcune cautele necessarie per la sicurezza dei beni della massa e per la procedura del fallimento, dagli organismi amministrativi e più specialmente dal curatore.

Il Codice di commercio francese, nell'articolo 469 alinea e numeri 2° e 3°, sottrae alla apposizione dei sigilli mediante l'osservanza delle stesse formalità prescritte pel rilascio delle vesti, mobili e masserizie necessarie al fallito ed alla famiglia sua, le cose soggette a deperimento prossimo o ad imminente deprezzamento, gli oggetti che servono allo sfruttamento di fondi di commercio, quando questo sfruttamento non potrebbe venire interrotto senza grave danno pei creditori. Così il legislatore francese ha, più avvedutamente, riunite sotto la stessa cifra e nella stessa disposizione due prescrizioni di legge che sono una dall'altra dipendenti ed una coll'altra coordinate. Invece il legislatore italiano ha trasportato all'articolo 750 le disposizioni relative alle cose che possono essere sottratte all'apposizione dei sigilli ed agli oggetti che possono servire al commercio del fallito continuato dal curatore. Sicchè pare, a prima vista, che l'articolo 736 non abbia alcun legame con altre disposizioni contenute nel Codice di commercio, laddove, invece, esso non ha alcun valore se non venga coordinato con l'articolo 750. Epperò non è abbastanza il biasimo che al legislatore italiano ne viene quando, pur essendosi ampiamente servito nella compilazione dell'attuale Codice di commercio delle codificazioni straniere e della pratica che si insegnava dall'applicazione di quella formula di legge, per una mal giustificata manìa di novità volle scindere e rendere, in apparenza, indipendenti disposizioni che, ad essere chiare, devono essere unite e coordinate. E non è sufficiente scusa il carattere indipendente che ha l'articolo 750 e la disposizione ivi contenuta; giacchè essendogli preposto e ad una notevole distanza, l'articolo 736, era obbligo del legislatore di rendere perfetto ed indipendente piuttosto codesto articolo che non uno successivo e raccolto per di più sotto un altro capo; come non può valere la giustificazione che tanto il Codice francese, quanto l'italiano del 1865 accoglievano sotto diversa cifra ed in diverse sezioni e capi, le disposizioni riguardanti la non apposizione dei sigilli alle vesti e masserizie e mobili concessi al fallito, e le disposizioni riguardanti la non apposizione alle cose di cui erasi autorizzata la vendita perchè soggette a facile deterioramento o deprezzamento, ed agli oggetti che servivano alla continuazione del commercio del fallito: perchè quelle disposizioni, per quanto staccate dal capo e dalla sezione ove avrebbero dovuto trovarsi, pure erano complete nel capo e nella sezione ove erano cifrate, e non rendevano necessaria alcuna posteriore coordinazione.

Gli articoli 736 e 750, coordinati, parlano della sottrazione alla sigillatura degli oggetti che possono servire alla continuazione del commercio del fallito; invece il Codice francese accorda unicamente lo sfrutta-

mento del fondo di commercio; disposizione ben diversa da quella iscritta nel nostro Codice attuale di commercio, come in quello abolito. Giacchè " l'exploitation de fonds de commerce " non altro indica che la vendita delle merci ancora esistenti nei magazzini del fallito (1); e non è quindi una continuazione del commercio gerito dal commerciante, ma è, invece, un principio di liquidazione, ad eseguire la quale la legge autorizza servirsi di mezzi idonei a conseguire il maggiore vantaggio della massa dei creditori, anche facendo assumere alla liquidazione un vero carattere di commercio. Secondo le disposizioni coordinate degli articoli 736 e 750 dell'attuale Codice di commercio, la continuazione del commercio del fallito può assumere, a nostro vedere, la figura di una vera e propria categoria di atti di commercio, come anche la semplice figura di una liquidazione composta di alcuni atti di vendita commerciale; perchè il legislatore, autorizzando la continuazione del commercio del fallito, ebbe intenzione di avvantaggiare gli interessi della massa con l'ingrossare l'attivo quanto più fosse possibile, ma intese ben anco evitare l'alea di diminuirlo mediante speculazioni commerciali o troppo arrischiate o veramente pericolose: ond'è che il commercio, spogliato da quel carattere speculatorio che gli è proprio, e, alle volte, necessario a certi commerci, non assume più, di fronte alla autorizzata continuazione, il vero carattere aleatorio delle transazioni commerciali, ma piuttosto il carattere puramente conservativo di una serie di vendite, fatte per evitare, all'infuori del deterioramento delle merci e del deprezzamento causato da quello, diminuzioni sul prezzo delle merci dovute alle oscillazioni del mercato. Svilupperemo meglio questo concetto nel l'esame dell'art. 750.

Il legislatore parla solamente del commercio del fallito; ma per quanto si voglia interpretare letteralmente e restrittivamente la disposizione dell'articolo 736 coordinata all'articolo 750, non si potrà negare che il legislatore intese autorizzare la continuazione anche dell'industria del fallito, quando il fallito sia industriale. Perchè la voce commercio usata qui dal legislatore non ha più quella classica significazione di " *quasi commutatio mercis* " che presiede alle elucubrazioni di diritto commerciale dello Stracca, dello Scaccia e degli altri grandi commercialisti antichi italiani; ma ha, invece, quel significato che lo stesso legislatore le attribuisce al titolo secondo, libro primo del nostro Codice, sugli atti di commercio (2); e, cioè, intende significare quel complesso di atti, i quali col mezzo di transazioni commerciali o di processi industriali convergono le attività individuali o sociali all'acquisto ed alla accumulazione di ricchezza. Quindi, nel fallimento di un industriale è fuor di dubbio che le disposizioni degli articoli 736 e 750 saranno applicabili per la continuazione dell'industria del fallito; certo che è più difficile, nella gestione industriale, conservarsi strettamente nel campo della trasformazione e dello smercio degli oggetti o della materia prima, appartenente alla massa dei creditori ed esistente nei magazzini e negli opifici del fallito; ma qui pure il curatore, cui, al caso, deve essere affidata la continuazione dell'industria, deve usare quelle cautele necessarie per non precipitare in errate speculazioni l'industria, rovinando così la massa dei creditori che alla di lui perizia erasi affidata.

La vendita delle merci, di cui parla l'articolo 736, sarà fatta dal curatore come gli prescriverà il giudice delegato, osservando però le norme stabilite dal capo secondo, sezione I, titolo quarto del Codice di com-

(1) DALLOZ, op. cit., *Faillite et Banqueroute*, n. 438.

(2) Cfr. i miei " Atti di commercio " nel *Digesto Italiano*.

mercio: certo, però, che le formalità prescritte dagli articoli 798 e 799 per la vendita dei mobili sono applicabili soltanto *cum grano salis* alla vendita delle cose di cui fu questa autorizzata per pericolo di deterioramento, di deprezzamento o per la difficoltà della conservazione.

Anche le cautele e le formalità ed i limiti in cui può essere gerito il commercio e l'industria del fallito vengono, a mente dell'articolo 750, prescritte dal giudice delegato.

175. *Descrizione degli oggetti non assoggettati a sigillo* (*art.* 736). — Come per le vesti, le masserizie e i mobili necessari lasciati al fallito per l'uso suo e della sua famiglia, l'articolo 735 prescrive una sommaria descrizione; l'articolo 736 per le cose delle quali fu autorizzata la vendita e per quelle che, servendo all'esercizio del commercio del fallito, furono per domanda del curatore sottratte alla apposizione dei sigilli, impone la immediata descrizione e la immediata stima in presenza del pretore.

Veggasi un po' come e quando venga fatto e da chi l'inventario, e se vi sia la possibilità materiale dell'evento segnato dal legislatore all'articolo 736. L'articolo 733, diggià esaminato, stabilisce che entro le ventiquattro ore dacchè il pretore ha ricevuto l'avviso del fallimento, dichiarato con la sentenza di cui all'art. 691, — la quale nomina il curatore provvisorio del fallimento, e fissa, precisamente, l'epoca in cui, venti giorni al più tardi dalla data della sentenza, devesi consultare i creditori sulla nomina del curatore definitivo, — passi alla apposizione dei sigilli tanto in presenza del curatore provvisorio, che lui assente. Tutti gli atti, di cui parlano gli articoli 734 a 739 si avverano al momento dell'apposizione dei sigilli, quindi in quel breve giro di tempo necessario allo effettuarsi di questa operazione. Il curatore definitivo è il solo che può e deve procedere alla compilazione dell'inventario; quindi, siccome deve procedere a questa operazione entro i tre giorni successivi alla sua nomina (art. 740), così, calcolato lo spazio di 20 giorni fissato dall'art. 691, n. 4, più tre giorni accordati al curatore definitivamente scelto per accettare la nomina (art. 718, secondo alinea), si viene a raggiungere un periodo massimo di 26 giorni, entro i quali non esiste ancora alcun inventario. Ora, come giustifica l'eccellente legislatore del 1882 questa piccola assurdità che salta fuori dal disposto dell'articolo 736, nella parte che ora esaminiamo, confrontato colle concordate disposizioni delli articoli 691, 718, 740? Dov'è la possibilità della immediata descrizione nell'inventario, alla presenza del pretore che sta apponendo i sigilli, degli oggetti sottratti alla apposizione? Come mai sarà applicabile l'articolo 736? *Eheu! quam parva sapientia!* Il Vidari (1) con una buona volontà ed un acume di cui il legislatore del Codice di commercio deve sapergli grado, *tenta* di sgominare le molte critiche che convergono contro il dettato della legge e contro il legislatore, supponendo che costui voglia riferirsi ad oggetti già sottoposti a sigillo e che durante la compilazione dell'inventario vogliansi tôrre disotto ai sigilli dal curatore agli scopi dell'art. 736; oppure che in questo malaugurato articolo il legislatore abbia, indirettamente, voluto concedere la compilazione di un inventario provvisorio. Ma la prima delle benigne giustificazioni tentate dal Vidari, cade di per sè come oziosa, davanti al disposto dell'articolo 740, il quale, obbligando il curatore definitivo, entro tre giorni dalla sua nomina, a far istanza per la rimozione dei sigilli onde procedere alla compilazione dell'inventario, dopo di che diventa depositario giudiziale di tutte le cose, mobili, titoli di credito e documenti del fallito (art. 742), rende inutile la sottrazione postuma ai

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 368-369, § 4552.

sigilli di cose in particolare considerate, dacchè tutta la sostanza mobile del fallito è liberata dalla sigillazione. La seconda diventa una supposizione troppo *ad causam* per l'errore del legislatore, perchè possa essere considerata come sostenibile; tanto più che, se il legislatore prima nell'art. 733, e poi nell'art. 744, ha accordato al curatore provvisorio un diritto ed un obbligo particolari attinenti ambidue alla apposizione dei sigilli; e se di più nell'art. 750 che completa l'art. 736, ha detto che il curatore " *anche provvisorio* " può essere autorizzato alla vendita delle cose soggette alle diminuzioni in quell'articolo contemplate, se avesse avuta presente la formalità che prescriveva nell'art. 736 avrebbe, indubbiamente, sancito una eccezione all'art. 740 in favore del curatore provvisorio.

Dunque le due ipotesi del Vidari vengono meno; dunque nessun provvisorio inventario si può compilare; dunque nessuna postuma sottrazione al sigillo può essere invocata; dunque rimane la evidenza dell'assurdo tanto ingenuamente legiferato dal codificatore della vigente legge commerciale italiana.

Ma non è già che l'articolo 736 cada nell'assurdo e quindi nella inapplicabilità di parte o di tutte le sue disposizioni; gli è soltanto che quest'articolo, in quanto dispone la descrizione immediata nell'inventario, o devesi tenere come non scritto, o abbandonare ad una applicazione disordinata ed arbitraria.

Non v'ha dubbio che il curatore provvisorio, sia in obbligo di domandare la sottrazione al sigillo degli oggetti di cui parla l'art. 750; e quindi non v'ha dubbio che il curatore, di cui parla l'articolo 736, non sia anche il curatore provvisorio; anzi per regola si può ritenere che all'applicazione dei sigilli presenzii il curatore provvisorio, perchè il definitivo non può essere per anco nominato; da ciò si raccoglie che la lettera opprime sempre più lo spirito della legge, e che il districarsi dalle enormi difficoltà di cui il legislatore ha seminato in questa parte la legge commerciale, si presenta affatto impossibile.

E questo fino a che vi sia un curatore sia pure provvisorio.

Ma non è detto che il curatore provvisorio esista quando si procede all'apposizione dei sigilli. La sentenza dichiarativa del fallimento nomina, secondo l'art. 691, il curatore provvisorio ed ordina l'apposizione dei sigilli; per l'art. 692 come per l'art. 718, il cancelliere del tribunale che ha pronunziata la sentenza deve notificare immediatamente la nomina a curatore alla persona scelta e l'ordine d'apposizione al pretore nel cui mandamento vi sono beni del fallito; ma al curatore sia provvisorio che definitivo sono concessi tre giorni per accettare l'ufficio ed entrare in funzione, mentre il pretore entro le 24 ore dacchè ha ricevuto l'avviso della sentenza pronunziata deve passare all'apposizione dei sigilli. E notisi che l'art. 744, a non voler supporre che ivi si parli solamente del curatore definitivo, e non del provvisorio, il che sarebbe assurdo, prevede quasi il caso che noi veniamo esaminando; perchè suppone che essendosi nominato il curatore, ed essendo egli già entrato in funzione, non siano per anco stati apposti i sigilli, ed allora è obbligo del curatore di far istanza al pretore acciocchè si proceda all'apposizione dei sigilli. Ma la forza maggiore dell'argomentazione si appoggia al carattere particolare che assume la presenza del curatore all'apposizione dei sigilli; perchè tale presenza, e pel disposto del primo alinea 733 e per quello del primo comma art. 744, diventa eccezionale; di regola, cioè, l'apposizione dei sigilli si fa quando v'è presente il curatore.

Ora, trascuriamo il caso in cui il curatore, essendo stato nominato ed essendo in funzione, provvisorio s'intende, al momento in cui il pretore procede all'apposizione dei sigilli, tuttavia manchi a questa operazione: e consideriamo il caso in cui il curatore non abbia ancora accettato

e non possa quindi essere in funzione, e presenziare alla apposizione dei sigilli. Allora, come si scioglie questo nuovo dubbio, come si supera questa nuova difficoltà che insorge sull'applicazione integra del l'articolo 736? Indubbiamente qui troviamo una mancanza di preveggenza nel legislatore una cattiva coordinazione delle varie parti della legge sul fallimento: e forse qui però l'unico rimedio sarà la parziale rimozione dei sigilli domandata agli scopi degli art. 736 e 750 dal curatore provvisorio, col che si fa luogo solamente alla parziale applicazione dell'art. 736. Ma, riguardo alla compilazione dell'inventario ed alla immediata descrizione degli oggetti sottratti alla apposizione dei sigilli secondo l'art. 736, siamo assolutamente allontanati da una soluzione conforme alla legge. Forse si potrebbe tentare una soluzione della difficoltà dando alla parola " immediatamente „ usata dal legislatore per indicare il tempo in cui dev'essere fatta la descrizione degli oggetti sottratti alla apposizione dei sigilli, un significato di relazione coll'epoca in cui viene compilato l'inventario; cioè la descrizione degli oggetti di cui parla l'art. 736 deve essere fatta sull'inventario appena questo viene compilato; allora questa immediata descrizione sull'inventario trova modo di essere fatta. Rimane però sempre un tempo durante il quale gli oggetti non sono nè sottoposti a sigillo nè inventariati, a meno di adottare il rimedio dell'inventario provvisorio (1), suggerito dal Vidari, e dal legislatore mai accordato.

Oltre la descrizione degli oggetti sull'inventario, questi devono essere fatti stimare in presenza del pretore, pure immediatamente, cioè all'atto stesso in cui il curatore domanda che non si sottopongano a sigillo. La ragione per cui il legislatore ha stabilito che questi oggetti vengono fatti stimare ed inventariati come tutte le altre cose mobili appartenenti alla massa patrimoniale del fallimento, a differenza delle vesti, masserizie e mobili, accordati al fallito per uso suo e della famiglia, sta in ciò che queste cose devono essere rappresentate pel loro valore nell'attivo e quindi devono figurare come esistenti o in natura o in valore o in rappresentazione, durante tutta la procedura del fallimento sino alla chiusura di questo, o, quanto meno, fino alla liquidazione e divisione dell'attivo fra i creditori.

Qui il legislatore parla del processo verbale che dev'essere sottoscritto dal pretore e tosto trasmesso al giudice delegato. Notisi che è la prima volta che nell'operazione di apporre i sigilli il legislatore parla di processo verbale; e notisi ancora che per la posizione in cui il legislatore ha fatto questa menzione del processo verbale, subito si presenta il dubbio che egli abbia voluto parlare di un processo verbale proprio all'art. 736; processo verbale non della avvenuta complessiva apposizione dei sigilli, ma di un incidente intervenuto in un momento dell'operazione. Noi abbiamo veduto che il Codice di procedura civile, che governa le formalità necessarie alla opposizione dei sigilli, prescrive e regola la estensione del processo verbale di apposizione dei sigilli (art. 855); dippiù l'art. 853 stabilisce che gli oggetti che vengono sottratti all'apposizione dei sigilli, sia perchè soggetti a facile deterioramento, o perchè dedicati ad un uso speciale o perchè necessari alle persone contro cui viene fatta l'apposizione, devono essere descritti nel processo verbale. Il legislatore commerciale, come si è già avvertito, non può non aver seguito il Codice di procedura civile per quello che riguarda l'apposizione dei sigilli, ed è forse per ciò che ordinando al pretore l'apposizione dei sigilli ha ommesso di parlare del

(1) Il Calamandrei non solleva alcuna critica a questo disposto di legge; anzi, sembra ammettere che debba farsi un inventario parziale di quegli oggetti per unirlo poi all'inventario generale e fatto dal pretore.

processo verbale, intendendo che l'ufficiale pubblico si uniformasse alle prescrizioni del Codice di procedura civile. Così si spiega la improvvisa menzione fatta dal legislatore del processo verbale all'art. 736: menzione dislocata e che induce in un dubbio che mal si riesce a dissipare.

E poi perchè mai il legislatore parla della sottoscrizione al processo verbale fatta dal pretore? Qual bisogno v'era di sancire una disposizione tale, quando l'articolo 855 Codice procedura civile impone al pretore che appone i sigilli di firmare l'inventario?

Anche qui sembra ricomporsi il dubbio che il legislatore abbia voluto parlare d'un particolare processo verbale steso soltanto in vista dell'art. 736, e quindi firmato, come il processo verbale generale, dal pretore. Non crediamo, tuttavia, che il legislatore abbia voluto stabilire questa duplicità di verbalizzazione, resa inutile e quasi proibita dal concordato disposto dagli articoli 853 e 855 n. 11 del Codice di procedura civile. Sicchè si può ben dire che l'art. 736 primeggia per le difficoltà insuperabili che presenta come per le assurdità che di quelle sono la causa.

116. — *Domande del curatore per sottrarre oggetti del fallito all'apposizione dei sigilli.* — Tanto nell'articolo 736 come nell'articolo 737, il legislatore sottopone la sottrazione alla sigillazione degli oggetti di cui parla in quegli articoli, alla domanda che il curatore ne faccia.

Questo provvedimento suscita un pericolo nella sua applicazione, pericolo che presentiamo subito all'intelligenza di chi legge.

Si è veduto che per l'articolo 750 il curatore può essere autorizzato a vendere le cose di difficile conservazione o facili a deteriorarsi, non che a continuare l'esercizio del commercio (e dell'industria) del fallito quando l'abbandono potrebbe riescire di danno alla massa dei creditori. Si è veduto che il curatore, definitivo o provvisorio che sia, non è obbligato ad intervenire alla apposizione dei sigilli (art. 733); e pure si è veduto che solo sulla sua domanda gli oggetti di cui parla l'articolo 736 possono essere sottratti alla apposizione dei sigilli.

Il pericolo che abbiamo accennato è questo: dato che il curatore non sia presente alla apposizione dei sigilli e quindi, pur esistendo fra i beni del fallito cose che facilmente si deteriorino e deprezzino (ad es.: frutte, carni fresche) possano essere queste sottratte alla apposizione dei sigilli e vendute, perchè non se ne è fatta domanda da chi doveva e poteva farla, quelle cose dovranno essere lasciate ammalorare e deprezzare, giacchè il pretore non può di sua autorità sottrarle alla apposizione dei sigilli. Notisi che il nostro legislatore commerciale non accorda la sottrazione di alcun oggetto quando sia avvenuta la apposizione dei sigilli se non al curatore definitivo, il quale però deve far istanza per la rimozione dei sigilli da tutti i beni del fallito onde farne l'inventario: che, quindi, la autorizzazione data del giudice delegato al curatore anche provvisorio di vendere le cose che, senza deprezzamento, non si possono conservare, non può rimediare alla avvenuta apposizione; che, poi, il curatore definitivo non può passare ad alcuna vendita dei beni del fallito, siano mobili che immobili, se non dieci giorni dopo la pronunciazione della sentenza del tribunale o del pretore per risolvere le contestazioni insorte nella verificazione dei crediti (art. 765, 793); che è molto dubbio se il giudice delegato che può autorizzare la vendita degli oggetti facili a deteriorare (art. 750) possa anche, per il disposto dell'articolo 727 capoverso che gli accorda la facoltà di prendere quei provvedimenti urgenti necessarî per la sicurezza e conservazione della massa, ordinare o concedere una parziale rimozione dei sigilli, mentre è solo il pretore che può ordinare la rimozione, e questa non può essere ordinata nè può compilarsi l'inventario se non tre giorni

dopo avvenuta la apposizione dei sigilli (articolo 857, Codice proc. civile), termine dal legislatore commerciale rispettato col sancire la disposizione dell'articolo 740. Ora, date queste contingenze, non era forse più logico e più consentaneo agli interessi patrimoniali del fallimento, che il pretore, qualora nella apposizione dei sigilli trovasse fra i beni del fallito degli oggetti facili a deteriorarsi ed a deprezzare, potesse di suo diritto sottrarli alla apposizione? Perchè sottoporre alla negligenza del curatore, la eventualità d'un danno che si sarebbe potuto tanto facilmente evitare alla massa? Ma v'ha di più: che dire del caso, già studiato, in cui il pretore debba procedere da solo all'apposizione dei sigilli, senza la presenza del curatore, perchè il curatore non ha ancora accettato l'ufficio? In questo caso non essendovi, *assolutamente*, possibilità di domanda non vi è, *assolutamente*, possibilità di sottrarre gli oggetti deteriorabili o deprezzabili, alla deteriorazione ed al deprezzamento. Si vede adunque, che i difetti rilevati nell'art. 736 vanno aumentando e continuano. E qui non è ancora tutto. Perchè il curatore, presente alla apposizione dei sigilli, animato dalla miglior buona volontà di procurare il vantaggio dei creditori e di bene amministrare la massa patrimoniale del fallimento, non può domandare la non apposizione dei sigilli agli oggetti di cui parla l'art. 736, se non fu autorizzato a continuare il commercio del fallito, se la vendita degli oggetti deteriorabili non fu autorizzata. Ora, si suscita unicamente una questione di tempo; giacchè come è col tempo che si deteriorano le cose di difficile conservazione, è pure col tempo che sarà accordata dal giudice delegato l'autorizzazione alla vendita od alla continuazione del commercio; ed è pure questione di tempo quella che s'impone, confrontando il momento in cui il pretore deve far luogo alla apposizione dei sigilli e il momento in cui può essere accordata la autorizzazione alla vendita od alla continuazione del commercio. Allora può facilmente presentarsi questo caso: il curatore ha accettato l'ufficio a cui fu scelto appena ne ebbe la notificazione: il pretore procede alla apposizione dei sigilli appena ricevuto l'avviso a norma degli art. 692 e 733; il giudice delegato, esso pure appena nominato (art. 691), non può ancora sapere quali cose facciano parte della massa patrimoniale del fallimento e quindi non può avere, nè ha, per anco autorizzata alcuna vendita parziale: il curatore presenzia la apposizione dei sigilli; vi sono oggetti di difficile conservazione, soggetti a facile deterioramento (frutta, carni fresche) fra i beni sottoposti a sigilli; domanda la sottrazione al sigillo; ma egli non ha autorizzazione a continuare il commercio nè venne la vendita di tali oggetti autorizzata. Ecco una nuova difficoltà e non facile a superarsi. Potrà il pretore accogliere ugualmente la domanda del curatore? Indubbiamente, secondo lo stretto diritto, no! Il legislatore richiede nell'articolo 736 che vi sia una autorizzazione che dipende dal giudice delegato per l'articolo 750; mancando la autorizzazione, manca l'applicabilità dell'articolo 736 e le cose vengono, di stretto diritto, sottoposte alla apposizione dei sigilli. Questa è la interpretazione che ne offre la lettera della legge e per buona parte anche lo spirito di essa. Tuttavia, se noi indaghiamo lo scopo per cui furono sanciti gli articoli 736 e 750 e da ciò deduciamo la intenzione del legislatore, vedremo che si può venire ad una conclusione diversa, che però non è conforme affatto alla lettera della legge. Il legislatore sancì gli articoli 736 e 750 nell'intenzione prima di giovare alla massa dei creditori; v'impose alcune formalità nell'intento ancora di assicurare più saldamente l'interesse patrimoniale del fallimento. Ora, è necessario, soprattutto, che gli oggetti facili a deteriorarsi non vengano sottoposti a sigillo per poter essere tosto venduti; la formalità è quella dell'autorizzazione del giudice delc-

gato la quale sta specialmente nei rapporti di costui col curatore: si dovrà strozzare il diritto positivo col diritto formalistico? si dovrà ritenere inferiore il bene della massa dei creditori al rigore del formalismo? Ciò a noi non sembra. Siamo noi primi a rimpiangere la pessima elaborazione dell'articolo 736; noi primi riconosciamo l'apparente carattere di priorità che ha la autorizzazione alla vendita sulla sottrazione al sigillo degli oggetti vendibili; noi primi riconosciamo che il pretore sarebbe nel pieno suo diritto se non accogliesse la domanda del curatore, quando non vi fosse ancora la autorizzazione dell'articolo 750; e, tuttavia, non possiamo adattarci a questa offesa che s'arrecherebbe all'interesse dei creditori. Quindi, a mo' di conclusione, diciamo che il curatore può domandare, anche se non è ancora intervenuta l'autorizzazione secondo l'articolo 750, al pretore che non apponga i sigilli su oggetti di difficile o dispendiosa conservazione, come anche su quelli necessari per continuare il commercio del fallito a vantaggio dei creditori: che il pretore può accogliere favorevolmente la domanda, facendo però menzione di questo nel processo verbale: e diciamo che il pretore *può* e non *deve* accogliere tale domanda perchè a stretto diritto questa non avrebbe alcun valore. Notisi anche, a scusa del legislatore, che egli forse intese conservare alla autorizzazione alla vendita o all'esercizio del commercio del fallito, il carattere chiuso di rapporto valido soltanto tra il curatore e il giudice delegato, quasi in una parafrasata applicazione del dettato *quod inter alios actum tibi nec nocet, nec prodest:* e quindi che il pretore non debba curarsi se vi sia o meno autorizzazione, questa potendo validamente intervenire anche più tardi, essendo data non per la sottrazione ai sigilli ma per la vendita delle cose che il curatore operò non vi fossero sottoposte.

I libri di commercio, secondo dispone l'articolo 737, possono essere sottratti all'apposizione dei sigilli quando il curatore domandi che non vi sieno sottoposti. Ma la non apposizione dei sigilli a questi libri è diremo, quasi sostituita da altre formalità, quali la vidimazione e la accurata descrizione dello stato in cui si trovano in un processo verbale (apposito?) che deve essere trasmesso al giudice delegato; solo quando siansi adempiute queste formalità i libri di commercio del fallito possono essere consegnati al curatore, il quale, come vedremo nei numeri seguenti, solo per eccezione può trattenerli presso di sè.

Come si vede, per la sottrazione dei libri di commercio del fallito alla apposizione dei sigilli, basta la domanda del curatore; e il pretore non può rifiutarsi a questa domanda sotto qualsiasi pretesto.

177. *Consegna dei libri di commercio al curatore: deposito alla cancelleria del tribunale: consegna temporanea al giudice penale.* — Il Codice italiano abolito e il Codice francese contengono rispettivamente agli articoli 378 e 471, disposizioni analoghe a quelle dell'art. 737 dell'attuale Codice di commercio italiano. Alquanto diverse sono su questo proposito le disposizioni dell'art. 799, capoverso, del Codice commerciale neerlandese e quelle dell'articolo 112, capoverso, della legge germanica sul fallimento. La prima di queste legislazioni stabilisce che, prima e durante l'inventario i curatori possano reclamare dal giudice di cantone (una specie di nostro pretore) la consegna dei libri, carte e lettere del fallito; di ciò sarà fatta menzione nel processo verbale di rimozione dei sigilli, con l'indicazione dello stato di questi libri. In questo Codice la apposizione dei sigilli essendo, con lievissime differenze, regolata da disposizioni simili a quelle stabilite nella nostra legge, può recar sorpresa questa disposizione la quale se ne allontana rimarchevolmente; giacchè l'inventario è compilato dai curatori del fallimento contemporaneamente alla rimozione dei sigilli, anzi come dice il già citato articolo 799, i cura-

tori procederanno all'inventario man mano che i sigilli saranno tolti. Da ciò si ricava, che i libri del commerciante fallito potranno essere sottratti, tanto alla apposizione dei sigilli nel tempo in cui il giudice di cantone procede a tale operazione, quanto dopo che la apposizione è già avvenuta e non è stata ancora domandata ed ordinata la rimozione e la compilazione dell'inventario, quanto allora che si fa luogo alla rimozione e alla compilazione dell'inventario. Questa disposizione dell'articolo 799 del Codice commerciale neerlandese è d'altro canto analoga alle altre dello stesso Codice, e specialmente degli articoli 796 e 797 capoverso, che riguardano la apposizione dei sigilli; però nessuna concede ai curatori del fallimento una così ampia facoltà.

La legge germanica sul fallimento all'articolo 112, mentre stabilisce che è in facoltà del curatore di fare, o, non apporre i sigilli sui beni mobili del fallito, servendosi, in caso voglia passare all'apposizione, di un ufficiale a ciò autorizzato, esclude di pien diritto i libri di commercio del fallito dall'apposizione ed ordina senz'altro che vengano trattenuti dal cancelliere del tribunale.

La legge austriaca sul fallimento (25 dicembre 1868) ordina, al § 87, capoverso, la consegna, " previa descrizione nel protocollo „, dei libri e note del fallito che si riferiscono all'amministrazione della sostanza, al curatore interinale, il quale deve tenerli in custodia; qui non è più il curatore che abbia diritto di farsi rilasciare i libri del commerciante fallito, è la legge stessa che gli fa obbligo di riceverli in consegna e di conservarli.

Ma, ritornando alla legge commerciale italiana, abbiamo visto come la legge commerciale francese e la legge italiana abolita, sulle quali si formò specialmente la legge di commercio attuale, contengano disposizioni identiche a quelle in quest'ultima inserite; è però da rimarcare che la legge francese e la abolita legge italiana, stabilivano: la prima, che i libri fossero senz'altro sottratti alla apposizione dei sigilli e, firmati dal giudice di pace, consegnati ai sindaci; la seconda, che i libri fossero sottratti all'apposizione o anche levati di fra le cose sigillate, quando l'apposizione fosse avvenuta, purchè i sindaci ne facessero domanda. Non si riesce a ben comprendere perchè il legislatore italiano abbia scelto la sola non apposizione dei sigilli su domanda del curatore, quando stabiliendo che i libri di commercio del fallito possano essere esclusi dalla apposizione dei sigilli, ebbe evidentemente intenzione di mettere questi libri alla libera disponibilità del curatore o del giudice istruttore o di chi altro, pei bisogni della procedura del fallimento, di propria autorità o per ottenuta autorizzazione potesse ispezionarli.

L'articolo 471 del Codice di commercio francese ordina: " Les livres seront extraits des scellés et remis par le juge de paix aux syndics..... „; ed il Renouard (1) commenta così questa disposizione: " Les livres doivent être extraits des scellés et remis aux syndics, par ce que l'on ne saurait trop promptement donner aux syndics les moyens d'acquérir une connaissance exacte des affaires du failli „. Dunque, per la esatta conoscenza degli affari del fallito non dovevasi porre al curatore limite alcuno riguardo alla facoltà di chiedere la consegna dei libri; quindi i libri di commercio dovevano potersi non solo escludere dalla apposizione dei sigilli, ma anche estrarre di fra gli oggetti sigillati quando la apposizione avesse avuto luogo. Nè vi ha alcun altra disposizione nel Codice di commercio italiano, sul fallimento, che autorizzi la sottrazione dei libri di commercio una volta sottoposti a sigillo; anzi, l'articolo 696 che parla dell'ispezione

(1) Op. cit., vol. I, pag. 458; Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 338, n. 275-276; DALLOZ, *Faillite et Banqueroute*, pag. 165, n. 440 e seguenti.

e consultazione dei libri di commercio, si riferisce in parte alla disposizione dell'articolo 686, capoverso, ed in parte anche alla disposizione dell'articolo 737; dal che vedremo le contraddizioni che nascono, rafforzando così le disposizioni ivi contenute. I libri di commercio, dunque, una volta che il curatore domandi che non sieno sottoposti a sigillo, vengono vidimati e, previa una minuta descrizione dello stato in cui si trovano, consegnati al curatore il quale deve immediatamente depositarli alla cancelleria del tribunale. La cautela della vidimazione e della descrizione dello stato dei libri di commercio del fallito, che sottratti alla apposizione dei sigilli, sono consegnati al curatore, ognun vede come sia suggerita dal pericolo di alterazioni che qualunque interessato possa fraudolentemente apportare alle operazioni commerciali su quelli registrate; la vidimazione sarà fatta così come si usa per la legalizzazione dei libri di un commerciante che intraprenda a negoziare, come è prescritto dagli articoli 23 e 24 del Codice di commercio; così pure la vidimazione sarà apposta appiè dell'ultima scrittura allo scopo di evitare aggiunte od altre variazioni. La descrizione dei libri si occupa dello stato in cui sono, però non dello stato materiale di loro conservazione, quantunque per stabilire la identità di essi anche ciò sia necessario, ma piuttosto dello stato delle registrazioni; quindi, se vi sieno annotazioni, abrasioni, cancellature, interlineazioni, correzioni di cifre o di causalità di entrate o di spese, ecc.

Ora si domanda; chi vidimerà i libri? Il pretore che procede alla apposizione dei sigilli o il giudice delegato? La legge italiana è su questo punto molto meno chiara di quello che sarebbe desiderabile, perchè non accenna affatto all'ufficiale che deve procedere alla vidimazione. Il Codice di commercio francese nel citato articolo, e il Codice italiano cessato all'articolo 578, fanno obbligo al giudice di pace e al pretore, che procedono alla apposizione dei sigilli, di vidimare e firmare i libri di commercio sottratti alla apposizione prima o dopo che questa sia avvenuta. Invece, per stabilire secondo l'attuale Codice di commercio nostro a chi sia fatto l'obbligo della vidimazione, quando non si voglia tosto ricorrere alla pratica, che, certo, dà la suffragazione dei fatti alla prescrizione della teoria, ma dovrebbe dipendere da una chiara teoria e non rendere alla stessa comprensibili i dettati teorici, per stabilire, diciamo, a chi spetti tale obbligo, dobbiamo ricorrere al confronto delle prescrizioni della procedura civile per l'apposizione dei sigilli, a quelle del Codice di commercio (art. 23 e 24) per la vidimazione preordinata ai libri di commercio, ed infine alla interpretazione dell'articolo ora in esame. Allora noi vedremo che, essendo solo il pretore cui è affidata la intera operazione di apporre i sigilli, a lui solo è concesso fare quella qualunque particolare operazione dipendente dalla apposizione dei sigilli; che anche al pretore è concesso di vidimare i libri di commercio: che, nel caso dell'articolo 737 non può essere il giudice delegato anzi tutto perchè ciò non è nelle sue attribuzioni, e poi perchè è a lui che deve essere trasmesso il verbale dell'operazione avvenuta intorno ai libri di commercio del fallito: altri non può essere che il pretore, il quale procede alla sigillazione, quello che vidima i libri di commercio nel caso di cui discorre l'articolo 737.

Qui ritorna una questione che ha causa, più che da altro, dalla imprecisa locuzione della legge. Abbiamo veduto quale fosse il processo verbale di cui fa cenno l'art. 736; ed in quest'articolo il dubbio era più facilmente dissipato perchè il legislatore avendo preposto alle parole " processo verbale , l'articolo determinativo, dava a conoscere l'intenzione di alludere al solo processo verbale d'apposizione dei sigilli che il pretore è in obbligo di fare. Ma ecco che il legislatore, nell'articolo 737, torna a parlare di processo verbale e dà vita ad un dubbio

più grave del primo, premettendo alle parole " processo verbale „, l'articolo indeterminato. La risposta che si presenta prima, per la naturale domanda circa al processo verbale a cui allude il legislatore, è che ivi si tratti di un particolare processo verbale, indipendente dal processo verbale, che il pretore deve fare per la apposizione dei sigilli. Veramente questa è la intenzione del legislatore e così avviene nella pratica; sicchè l'articolo indeterminato preposto alle parole " processo verbale „ vi fu preposto nello scopo diretto di imporre la estensione di un apposito verbale. Però, tra il processo verbale generale d'apposizione dei sigilli e il processo verbale della sottrazione ai sigilli dei libri di commercio del fallimento, corre una differenza che il Vidari (1), solo autore italiano cui non sia sfuggita l'importanza delle parole del legislatore riflettenti la formazione di un particolare processo verbale, non ha bene avvertita e spiegata. Il Vidari dice che la descrizione dello stato in cui si trovano i libri del fallito tolti alla apposizione dei sigilli: " dovrà risultare dallo stesso processo verbale di apposizione dei sigilli od anche da *processo verbale separato*, da trasmettersi però sempre al giudice delegato..... „.

Noi non crediamo, nè ammettiamo, che il legislatore abbia inteso, con la disposizione dell'art. 737 riguardante il processo verbale, stabilire quella alternativa che il Vidari propone colle sue parole; anzi crediamo che il legislatore abbia voluto formare due distinte specie di processo verbale, l'una dall'altra, entro certo limite, indipendenti. Non è che il pretore possa, indifferentemente, inserire nel processo verbale d'apposizione dei sigilli, la minuta descrizione dei libri di commercio consegnati al curatore, piuttosto che in verbale apposito; sta invece che il pretore dovrà, seguendo la migliore interpretazione della legge, fare un particolare processo verbale, il quale contenga la minuta descrizione dello stato in cui si trovano i libri del fallito; e questo verbale verrà trasmesso al giudice delegato immediatamente o contemporaneamente al processo verbale di tutta l'apposizione; nel processo verbale generale il pretore accennerà la non avvenuta apposizione dei sigilli sui libri di commercio del fallito; il perchè di questa sottrazione; la persona a cui furono consegnati; la redazione del processo verbale particolare di descrizione dei libri; la persona a cui il processo verbale fu consegnato; e quant'altre indicazioni egli potrà ritenere utili. Ma il pretore non può, e oseremmo dire non deve, inserire nel processo verbale d'apposizione dei sigilli la descrizione dei libri di commercio; come, per contrario, non può esimersi dalla redazione dell'apposito processo verbale contenente questa descrizione; e se nella pratica può darsi che il pretore non segua questi chiari dettati della legge, non è a dirsi lodevole il suo modo d'agire od erronea la nostra interpretazione. Però i libri di commercio, su cui non s'appose sigillo, benchè consegnati al curatore, non rimangono però nelle costui mani; invece devono da lui essere subito *depositati alla cancelleria del tribunale*. Avvertiamo che il legislatore ha scritto nell'articolo 737 che quei libri " devono essere consegnati al curatore, *coll'obbligo* di depositarli immediatamente nella cancelleria del tribunale „. Sembra che il pretore che consegna al curatore i libri, debba, giudizialmente, ingiungergli il deposito di cui parla l'articolo in esame; invece, se la locuzione della legge può far nascere questo dubbio, non può esso sussistere di fronte allo spirito della legge; la quale impone direttamente d'autorità propria al curatore il deposito dei libri; sicchè il pretore consegnando i libri al curatore non è in diritto di fargli alcuna ingiunzione, come non è in diritto di rifiutarsi sia alla sottra-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 370, § 4553.

zione dei libri al sigillo, sia alla consegna di quelli al curatore: l'obbligo del deposito alla cancelleria del tribunale grava sul curatore al momento in cui il pretore, consegnandogli i libri, cessa dall'avere con questi qualsiasi rapporto.

Ma veniamo ora al deposito presso la cancelleria del tribunale. Dove trovansi i libri di commercio del fallito, quando avviene l'apposizione dei sigilli? L'art. 686 ordina al fallito di depositarli unitamente alla dichiarazione, da lui fatta, di cessazione dei pagamenti, ed al bilancio certificato vero, datato e sottoscritto pure da lui, nella cancelleria del tribunale di commercio, nella cui giurisdizione il debitore ha il suo principale stabilimento commerciale.

Questo tribunale di commercio (oggi, per l'abolizione dei tribunali di commercio, tribunale civile in sede commerciale) per l'articolo 685, è investito della intiera procedura del fallimento: i libri di commercio, quindi, rimarranno sempre, fino al chiusura del fallimento, depositati in quella stessa cancelleria ove furono primamente depositati dal fallito: nè l'articolo 696, di cui più sopra abbiamo parlato, porta alcuna innovazione al disposto dell'articolo 686, come nessun altro articolo antecedente all'articolo 737, dà disposizioni che riguardino la consegna e il deposito dei libri di commercio; quindi, all'atto in cui il pretore passerà alla apposizione dei sigilli sui libri di commercio del fallito, questi si troveranno depositati nella cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione vi è lo stabilimento principale di commercio del fallito. Sicchè l'articolo 737 che ordina al curadi depositare i libri del fallito alla cancelleria del tribunale, od ordina una cosa inutile, oziosa, ineffettuabile; o fa luogo all'ipotesi che i libri di commercio del fallito siano stati, in un momento qualunque precedente all'apposizione dei sigilli, levati dalla cancelleria del tribunale e mai più ritornativi. All'infuori di una sottrazione frodolosa da parte di qualche persona interessata a far sparire i libri di commercio del fallito, vedemmo come questi per disposizione di legge non possano mai essere stati tolti dalla cancelleria; quindi l'ipotesi che abbiamo fatta cade di per sè. Rimane una ipotesi, la quale noi proponiamo unicamente per essere completi; la ipotesi, cioè, che il commerciante fallito non abbia depositato i libri a mente dell'articolo 686. Su questo punto troviamo l'art. 746 che prevede appunto il caso della non consegna dei libri di commercio, nel termine fissato dall'articolo 686, ma non prevede il caso della assoluta non consegna dei libri alla cancelleria del tribunale; nessuna disposizione si riscontra, poi, per riguardo alla bancarotta relativa alla non consegna dei libri di commercio. Dunque, il caso in cui i libri di commercio non sieno stati consegnati, non è precisamente contemplato dal legislatore; dunque la supposizione è che i libri siano consegnati prima che il tribunale pronunci la sentenza dell'art. 691, prima che il pretore proceda alla apposizione dei sigilli. Ma, dato pure il verificarsi della ipotesi che abbiamo ultima esposta, perchè il legislatore ha sancito una disposizione quale è quella dell'articolo 737, che ha un così spiccato carattere di generalità? Evidentemente per regolare il caso, non meno generale, in cui vi sia bisogno d'una consegna alla cancelleria del tribunale dei libri di commercio del fallito.

Il Codice di commercio abolito stabiliva che i libri fossero, una volta sottratti alla apposizione dei sigilli, consegnati ai sindaci; e simile disposizione è data dalla legge commerciale francese; il nostro legislatore, invece, per crearsi un titolo di singolare capacità ed avvedutezza legislativa modificò la legge antica, semplice e chiara, in modo da suscitare infiniti dubbi e contraddizioni; contraddizioni che avevamo accennate più addietro in questo stesso paragrafo.

Accettando il criterio espresso dal legislatore nell'art. 737 come criterio eccezio-

nale, statuito pel solo fattispecie in cui il fallito non abbia consegnato nè entro il limite fissato dall'articolo 686, nè entro il termine concesso dal tribunale secondo l'articolo 746, i libri di commercio, si riduce la applicabilità del disposto dell'articolo 737 ad alcuni casi che devono ritenersi eccezionali, isolati, insuscettibili d'essere regolati da un principio generale.

Accettando come prevalente, quale invero dovrebbe essere, il principio della generalità del criterio seguìto, riguardo allo articolo in esame, dal legislatore ci troviamo di fronte ad ambiguità che raggiungono il limite dell'assurdo: perchè, invero, non crediamo che il pretore, il quale deve apporre i sigilli alle cose del fallito siano mobili, che libri, che portafogli o che altro, nei luoghi ove questi si trovano, tanto che può apporre il sigillo persino a merce del fallito giacente in magazzeni altrui, debba far asportare dalla cancelleria in altro luogo i libri del fallito per procedere alla loro sigillazione. L'applicazione dei sigilli, come non fa luogo ad alcuna amozione degli oggetti dai luoghi ove si trovano, così neppure pei libri di commercio fa luogo alla cessazione del deposito di questi nella cancelleria; la domanda che il curatore fa perchè non si apponga sigillo ai libri di commercio del fallito, non muta le cose, e il pretore, astenendosi dal sigillarli, non può consegnarli al curatore, come dice l'articolo 737, a meno che non si voglia ammettere una finzione di consegna, una consegna simbolica, a cui farà poi corona una finzione di nuovo deposito alla cancelleria.

Raccogliendo ciò che siamo venuti dicendo intorno al disposto dell'art. 737 che ordina al curatore la immediata consegna dei libri di commercio sottratti alla apposizione dei sigilli, possiamo dire, che:

I. In linea generale tale consegna e deposito non possono avvenire, perchè il deposito è già fatto e la consegna diventa inutile;

II. In linea di eccezione non doveva il legislatore sancire una disposizione con un carattere così generale come quella dell'articolo 737;

III. Il pretore non ha facoltà di asportare dalla cancelleria i libri del commerciante quando questi per l'articolo 686 o per l'articolo 746 ve li abbia depositati, e quindi non può consegnarli al curatore;

IV. La disponibilità dei libri di commercio, che il legislatore ha inteso garantire per i bisogni dell'amministrazione del fallimento, non soffre alcuna diminuzione, ad ottenerla bastando che il pretore, sulla domanda del curatore, non apponga i sigilli (1).

Ma il legislatore in questo stesso articolo, dice che il giudice penale può richiedere la temporaria consegna dei libri del fallito che vengono impugnati di falso; e stabilisce di nuovo la inamovibilità dei libri di commercio dalla cancelleria sino alla chiusura del fallimento. La consegna dei libri al giudice penale non è sottoposta ad alcuna formalità; però è solamente temporanea e dev'essere occasionata dal bisogno di presentare i libri come documenti provanti la malafede del fallito o di chi sia imputato di falso in quei libri, al pubblico giudizio. Se quindi non vi è causale del pubblico giudizio non gioverà al giudice penale la disposizione dell'art. 737 capoverso; tanto più che sta sempre sulla amozione dei libri dalla cancelleria da parte della giustizia penale, il divieto posto dall'articolo 696. La consegna al giudice penale è temporaria, in quanto ha per misura il tempo necessario all'esaurimento

(1) Si va dicendo nelle sfere ufficiali che S. E. il Ministro di Grazia e Giustizia stia elaborando un regolamento nuovo per correggere le molte antinomie che si riscontrano nella materia del fallimento. Ben vengano le modificazioni; e da quelli che saranno chiamati a prestare la loro opera al rifacimento, si cerchi di semplificarne anche tutta la complessiva procedura, la quale è di incaglio, ben di spesso, al facile e rapido disbrigo degli affari.

del processo penale; meglio, anzi, ha per misura la durata del dibattimento, che è veramente la fase del pubblico giudizio; all'infuori di questa precisa epoca non può il giudice pretendere la consegna dei libri.

178. *Il curatore e l'ispezione dei libri di commercio del fallito da parte del giudice delegato, del giudice istruttore, della delegazione dei creditori.* — Come eccezione alla regola secondo cui i libri di commercio del fallito devono essere *sempre* depositati e giacenti alla cancelleria, il legislatore, oltre quella stabilita in favore del giudice penale e nel numero precedente esaminata, ne dà una seconda in favore del curatore. Per l'art. 737 il curatore, il quale, domandata al pretore la non apposizione dei sigilli, doveva depositare *illico et immediate* i libri di commercio del fallito nella cancelleria del tribunale, può essere autorizzato dal giudice delegato a trattenerli od a farseli consegnare allo scopo di servirsene nei bisogni del fallimento. Però non può il curatore tenersi i libri durante tutta la procedura del fallimento; ma, scaduto il termine fissatogli dal giudice delegato all'atto della consegna dei libri, deve restituirli senz'altro alla cancelleria ove rimangono sino alla chiusura del fallimento, eccettuato il caso in cui abbisognino al giudice penale per presentarli al giudizio. Il legislatore dice che è il giudice delegato che ha facoltà d'autorizzare l'amozione dei libri di commercio dalla cancelleria; è, però, il giudice delegato e nessun altro che può dare l'autorizzazione; anzi tutto, perchè così ordina la legge, poi, perchè deve questa interpretarsi restrittivamente, la unicità della persona, cui si concede autorità a concretare l'eccezione delineata dalla legge, costituendo una cautela diretta ad allontanare il pericolo di alterazioni introdotte nei libri di commercio.

Non crediamo inutile proporre alcune questioni su questo punto della consegna dei libri di commercio al curatore; e cioè: in che caso il giudice delegato potrà autorizzare il curatore a trattenerli? In che caso a farseli consegnare? La risposta alla prima di queste due domande si presenta subito e automaticamente: il giudice delegato autorizzerà il curatore a trattenere i libri di commercio, quando, non essendo avvenuta per di lui domanda la sigillazione di essi, dovrebbero essere consegnati alla cancelleria: avuta dal giudice delegato la autorizzazione, il curatore non è più tenuto a consegnarli, se non scaduto il termine fissato dal giudice delegato. Ma non così piana è la risposta alla seconda domanda; anzi tutto il caso si presenta in due specie:

I^a i libri sono stati, su domanda del curatore, non sottoposti a sigillo, vidimati e descritti nell'apposito verbale come impone l'articolo 737, primo alinea, e quindi dal curatore stesso depositati nella cancelleria;

II^a i libri sono stati sottoposti dal pretore al sigillo perchè il curatore non domandò che ne fossero esenti, e quindi lasciati, senza vidimazione e descrizione, in deposito alla cancelleria ove già si trovavano. Nella seconda specie abbiamo una disposizione al tutto nuova che al legislatore sfuggì dalla penna, senza che poi pensasse a regolare, secondo la normale procedura o secondo una procedura speciale, questa parziale rimozione dei sigilli; e qui dobbiamo tosto ricorrere all'articolo 740 del Codice di commercio che al solo curatore definitivo accorda il diritto e fa l'obbligo di chiedere la rimozione dei sigilli; rimozione che trova la sua regola di rito nel Codice di procedura civile agli articoli 857 a 865. Di questi, l'articolo 859 sancisce che solo il pretore può ordinare la rimozione dei sigilli, e l'articolo 865 dice, che le disposizioni che risguardano la apposizione e la rimozione dei sigilli " sono osservate negli altri casi in cui occorra l'apposizione dei sigilli, o si debba procedere alla loro rimozione, eccetto che la legge stabilisca diversamente „.

Ora nel Codice di commercio, il che abbiamo già avvertito, il legislatore ha informate le disposizioni, che riguardano la apposizione e la rimozione dei sigilli, a ciò che prescrive il Codice di procedura civile; di questo Codice, quindi, subisce le prescrizioni, che non si possono non osservare se non quando vi siano nella stessa materia diverse disposizioni ed analoghe o contrarie alle disposizioni del Codice di procedura le quali dovrebbero essere osservate: il legislatore non ha stabilito nessuna regola contraria od analoga nel Codice di commercio riguardo alla parziale rimozione dei sigilli che si rende necessaria per la consegna dei libri di commercio al curatore; anzi ha ribadito, con l'articolo 740, il principio a cui è informato l'articolo 857 Codice procedura civile. Quindi, data pure la facoltà di una parziale rimozione dei sigilli, cosa che non ha alcun fondamento nel diritto positivo, come vi si potrà procedere? Il pretore, o un altro ufficiale, potrà procedervi; e la rimozione parziale avvenga a termini di legge: ma i libri così tolti alla sigillatura, come saranno consegnati al curatore in di cui favore furono estratti? Quale garanzia che non vi sieno introdotte alterazioni? Potrà farsi luogo allora alla vidimazione ed alla descrizione di cui parla il primo alinea articolo 737? Di tutto questo il legislatore italiano sembra non essersi dato pensiero e, certo, non ha dato neppure il più embrionale indirizzo sulla procedura da seguirsi. Invece, il legislatore del 1865 stabiliva che i libri di commercio, i quali il giudice delegato sulla domanda dei sindaci avesse sottratti alla sigillazione o facesse estrarre poi, fossero, prima d'essere consegnati ai sindaci, *sempre vidimati* dal pretore (articolo 578, n. 1); sicchè, ammettendo la parziale rimozione dei sigilli, dava una regola intesa a garantire sempre i libri da ogni alterazione, mentre il legislatore del Codice attuale non ha preveduto e regolato se non il caso in cui ai libri, per domanda del curatore, non sieno apposti i sigilli.

Si dirà: il legislatore intese alludere alla consegna dei libri una volta che questi fossero stati sottratti alla sigillazione così come è detto nel primo comma, art. 737, ossia volle regolare soltanto la specie prima sopra descritta. Ma come?! quali sono le argomentazioni di fatto e di diritto, positive e razionali che si possono proporre per sostenere questa tesi? Forse il carattere alternativo della preposizione *o* tra le locuzioni *trattenerli* e *farseli consegnare*, è sufficiente per assicurare che il legislatore alluse unicamente a questa prima specie? Forse che non vale più il principio a cui si informa la disposizione del secondo alinea, periodo primo, art. 737, principio generale ed inteso a facilitare il còmpito del curatore ed a garantire gli interessi dei creditori; principio generale espresso dal legislatore nella motivazione del disposto in esame, colle parole " per valersene nei bisogni dell'amministrazione „ ? Certo che la monca interpretazione che si ottiene dalla prima specie da noi proposta, serve ottimamente a scusare il legislatore della niuna chiarezza usata e del mancato coordinamento delle parti nella legge sul fallimento; ma non evita i danni che la non disponibilità dei libri del fallito da parte del curatore provvisorio può arrecare agli interessi della massa patrimoniale del fallimento; e toglie ogni concordanza colle disposizioni che ammettono l'uso dei libri del fallito da parte del curatore provvisorio, limitandoli al solo caso in cui, per domanda del curatore stesso, i libri sieno stati esenti dall'apposizione dei sigilli. Il Vidari (1), col quale perciò non possiamo accordarci su questo punto, non ammette altro caso all'infuori di quello contemplato da noi nella prima specie; e quindi evita ogni critica ed ogni apprezzamento sulle disposizioni del legislatore. La domanda del curatore per tratte-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 370, § 1553.

nere o farsi consegnare i libri di commercio del fallito, non fa al giudice delegato l'obbligo di accordargli favore; è un diritto del giudice delegato quello di concedere l'autorizzazione al curatore; non è un diritto di costui l'ottenerla; però, nel negarla così come nel concederla, dovrà il giudice delegato non ad altro por mente che agli interessi della massa dei creditori ed ai bisogni dell'amministrazione: e la facoltà concessa al giudice di accordare o negare l'autorizzazione, forma un'altra cautela che il legislatore ha stabilito per assicurare la verità e la integrità dei libri di commercio. Il giudice delegato, se accorda l'autorizzazione, ed anche se non l'accorda (1) deve emettere un'ordinanza, la quale, per l'articolo 910 del Codice di commercio, non è soggetta a richiamo. Accordando l'autorizzazione, deve fissare nella stessa ordinanza il termine pel quale intende che il curatore possa tenere presso di sè i libri di commercio: e nella fissazione del termine è pure completa la indipendenza del giudice delegato.

Ma la condizione di depositario dei libri di commercio, nella quale viene a trovarsi il curatore, poteva far ostacolo all'ispezione che di tai libri hanno diritto di fare sempre il giudice delegato, il giudice istruttore (articolo 696) e la delegazione dei creditori, e per questa il suo presidente (art. 726).

Per questo, il legislatore ha stabilito che " il curatore, allorchè sia depositario dei libri del fallito deve presentarli, qualunque volta ne sia richiesto, all'ispezione del giudice delegato, della delegazione dei creditori e del giudice istruttore „. Le ragioni per cui il legislatore ha sancita questa disposizione sono troppo per se stesse evidenti, perchè dobbiamo fermarci ad esaminarle più a lungo: notiamo solo che questa disposizione non si riscontrava nel Codice di commercio ora abolito. Concordiamo, da ultimo, col Vidari (2) nel ritenere che il curatore abbia diritto, in vista della grave responsabilità che gli incombe, di assistere alla ispezione dei libri di commercio dei quali egli è il giudiziale depositario.

179. ***Autorizzazione del giudice delegato per la consegna al curatore delle cambiali e dei titoli di credito del fallito.*** — Una novità, che giustamente il legislatore dell'attuale Codice di commercio introdusse nella legge sul fallimento, è quella d'aver compreso, e nominativamente e tassativamente, nella disposizione che riguarda gli oggetti che possono essere sottratti alla apposizione dei sigilli, le cambiali oltre che gli altri titoli di credito del fallito. La legge francese e la abolita legge italiana (art. 578), parlano solamente degli effetti di portafoglio, e fra questi poteva intendersi compresa e non compresa anche la lettera di cambio, come la chiamano quei Codici; ma il legislatore del 1882 osservò giustamente, che per la cambiale stanno più che per qualsiasi altro effetto commerciale le possibilità che il tempo utile della scadenza passi senza che si possano fare quegli atti necessari per la esazione, anche giudiziale, del credito: per questo, tolta la generica denominazione di effetti di portafoglio, si adottò quella attualmente esistente nell'art. 738, che si prende ora in esame.

Il legislatore del Codice francese e quello dell'abolito Codice di commercio italiano, conglobando in una sola denominazione i varî effetti di commercio, e sommettendone la sottrazione ai sigilli al caso in cui essi fossero a breve scadenza o soggetti ad accettazione, o bisognevoli di atti conservativi, non creavano, relativamente alla diversa natura degli effetti di cui in una determinata fattispecie poteva trattarsi, alcuna differenza fra gli effetti stessi, nè davano adito ad alcun dubbio (3). Non così la dizione usata allo articolo 738 dal legislatore.

(1) *Ibidem.*

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 370, § 1553.

(3) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 389, n. 203 e seguenti.

Ivi si parla delle " cambiali e degli altri titoli di credito da esigersi a breve scadenza, o da presentarsi per l'accettazione, o per i quali sieno necessarî atti conservativi..... „; si riuniscono, quindi, riguardo al tempo e riguardo agli atti conservativi genericamente intesi, le cambiali, fra cui deve comprendersi la cambiale propriamente detta, ed anche tutti gli altri titoli di forma più o meno decisamente cambiaria, agli altri titoli di credito; questo è indubbiamente lo spirito della legge. Ma ad altre illazioni dà luogo invece la lettera della legge.

L'articolo 738, parla di cambiali e di titoli di credito a breve scadenza: ora le cambiali non sono sottoposte, interpretando grammaticalmente la lettera della legge, alla condizione della prossimità della scadenza, la quale rimane meglio aderente ai titoli di credito, mentre, invece, si riferiscono ad ambidue gli ordini di crediti delineati dal legislatore, le altre condizioni dell'accettazione e degli atti conservativi. Data una simile interpretazione ne verrebbe la conseguenza che le cambiali, qualunque sia la data della loro scadenza, possono essere sottratte all'apposizione dei sigilli; misura, codesta, pericolosa ed esagerata di fronte all'epoca entro la quale debbasi far luogo alla rimozione dei sigilli e all'ordinaria procedura ed amministrazione del fallimento: quindi non vi ha dubbio che le cambiali devono essere a breve scadenza, o, per lo meno, da presentarsi per l'accettazione. Rimane per tal guisa determinata anche la entità del tempo che il legislatore deve aver inteso di prendere a misura per determinare la prossimità della scadenza. Perchè, non si può questo tempo desumere dal giorno della effettiva scadenza della cambiale o del titolo di credito solamente, ma conviene confrontare questo tempo colla probabile durata della sigillazione, in modo da assicurarsi che gli atti necessarî per esigere il credito o per presentare la cambiale all'accettazione o per effettuare gli atti conservativi indispensabili per evitare diminuzioni alla massa patrimoniale del fallimento, si possano utilmente esercitare dal curatore definitivo dopo la rimozione dei sigilli. Così ad es.: se la distanza del momento in cui si appongono i sigilli dall'epoca della scadenza di una cambiale è di 15 giorni, laddove, come abbiamo in uno dei precedenti numeri mostrato, il tempo massimo che può correre dal momento in cui il pretore procede alla apposizione dei sigilli e il momento in cui il curatore definitivo, purchè accetti, domanda la rimozione, è di 25 giorni; niun dubbio che la scadenza della cambiale debba ritenersi prossima e quindi debbasi sottrarre la cambiale stessa alla apposizione dei sigilli.

Rileviamo ancora un difetto nella redazione dell'articolo in esame, difetto di non lieve importanza. Negli articoli 735, 736, 737, il legislatore ha sempre parlato di sottrazione ai sigilli degli oggetti via via in quelli enumerati: in questo articolo 738, l'abitudine di parlare di sottrazione ai sigilli, ha fatto dimenticare al legislatore di accennare tale circostanza; onde avviene che non si possa immaginare quale sia la sorte che attende le cambiali e gli altri titoli di credito del fallito di fronte alla apposizione dei sigilli. Niun dubbio che quello che è rimasto nella penna del legislatore e non si può leggere, nella lettera della legge, debba leggersi nell'intenzione del legislatore; niun dubbio, quindi, che anche per l'articolo 738 si tratti di oggetti i quali sono sottratti alla apposizione dei sigilli. Ma ciò non autorizzava certamente i commentatori dell'attuale Codice di commercio alla materia del fallimento, il Calamandrei (1) ed il Vidari (2) compresi, a non avvertire questa singolare dimenticanza del legislatore. Ed è facile scorgere la causa che ha dato luogo a questa dimenticanza. Si leggano gli atti della Commissione per gli studi preparatorî del Codice

(1) Op. cit., vol. I, pag. 253-254, n. 290.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 371, § 4554.

di commercio, e si troverà che i membri della Commissione non potendo dubitare " della necessità di riprodurre le disposizioni..... del Codice vigente (ora cessato), nel quale è espresso l'obbligo del pretore di procedere all'apposizione dei sigilli, appena ricevuto l'avviso della pronunciata dichiarazione del fallimento..... „ accettavano anche che: " alla regola che tutto il patrimonio del fallito dev'essere sottoposto ai sigilli „; succedessero " alcune eccezioni „ delle quali " la quarta..... preveduta parimenti dal testè citato art. 578, riguarda gli effetti di portafoglio da esigersi a breve scadenza o da presentarsi per l'accettazione o per i quali sieno necessarî atti conservativi. *Anche questa disposizione* si riconosce necessaria e *si riproduce*, colle cautele che vi sono aggiunte „ (1); appunto riproducendo dell'articolo 578 la disposizione n. 2, non ricordarono che ad informare tutto intero l'articolo 578 ad un unico principio, dal quale dipendevano i suoi varî alinea, stava la disposizione del suo primo comma: " il giudice delegato, sulla domanda dei sindaci, può dispensarli dal porre sotto sigillo od autorizzarli a farne estrarre..... 1° ..... 2° gli effetti di portafoglio, ecc..... „. Ecco la causa della dimenticanza del legislatore all'articolo 738; dimenticanza che può occasionare non pochi equivoci ed errori.

Non dice, commettendo così un'altra dimenticanza, l'art. 738 se il curatore debba domandare al giudice delegato l'autorizzazione per farsi consegnare i documenti di cui in quest'articolo si parla. Sul che troviamo subito due diverse interpretazioni, le quali nel silenzio del legislatore trovano modo di sostenersi senza escludere la proposta di una terza. Delle quali due la più umile è quella del Vidari (2) che si limita a dire che " il curatore può, e, secondo i casi, deve farsi autorizzare dal giudice delegato a sottrarre ai sigilli del pretore le cambiali ..... e gli altri titoli di credito..... a breve scadenza ..... „, non ammettendo, così, in nessun altro interessato la facoltà di chiedere l'applicazione dell'art. 738. Ma a questa interpretazione restrittiva del Vidari, ne contrappone un'altra, che è la seconda accennata, il Calamandrei (3) dicendo che l'istanza per l'autorizzazione a sottrarre ai sigilli le cambiali e gli altri titoli di credito secondo le condizioni dell'art. 738, " può farsi dal curatore non solo, ma anche dal fallito o da creditori „. Ambedue questi autori ammettono come assodato in diritto che il curatore possa o debba domandare l'autorizzazione necessaria per lo scopo dell'art. 738; ma ciò non si desume dalla lettera della legge; la quale, invece, fa luogo ad una terza interpretazione, che noi, *ad abundantiam*, proponiamo; cioè, il giudice delegato può, d'ufficio, autorizzare, o meglio al caso, ordinare al curatore di farsi consegnare le cambiali e titoli di credito a breve scadenza secondo l'articolo 738. Di fatto a giustificare questa opinione così si ragiona: l'articolo 738 parla unicamente di autorizzazione data dal giudice delegato, ma non dice affatto da chi tale autorizzazione possa essere provocata; non parla nè di domanda del curatore per sottrarre gli oggetti di cui ivi si parla al sigillo, nè di sottrazione *ipso jure:* impone l'autorizzazione del giudice delegato alla esclusione delle cambiali e degli altri titoli di credito a breve scadenza, dai sigilli. Si comprende che questa autorizzazione, accompagnata nel testo dell'articolo dalla dipendente possibilità di sottrarre le cose di cui in esso si parla all'apposizione dei sigilli, deve essere, secondo l'intenzione del legislatore, provocata dalla domanda di qualche interessato; e ciò sta. Ma il legislatore, come abbiamo visto, ha dimenticato di accennare chi sia che può domandare la

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 2 febbraio 1872 - Verbale 795.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 371, § 4554.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 254, n. 290.

autorizzazione; e si è visto, come tosto gli autori abbiano approfittato della lacuna. Ora è certo, che l'interesse di sottrarre le cambiali a breve scadenza ed i titoli di credito del fallito che hanno le stesse condizioni, è un interesse grandissimo per la massa, e forma una importante operazione, un principale atto d'amministrazione. Se quindi il legislatore non obbliga direttamente alcuno di coloro, cui l'atto profitta, a chiedere la esenzione dai sigilli, come altresì nessuno facoltizza, non sarà a questo caso applicabile la disposizione dell'articolo 727, capoverso, che dice che il giudice delegato " ordina i provvedimenti urgenti che occorrono per la sicurezza e la conservazione dei beni della massa „? Invero, quale provvedimento può ritenersi più urgente di quello diretto ad assicurare alla massa dei creditori l'esercizio di azioni pel ricupero dei beni formanti la massa patrimoniale del fallimento, azioni che, per la scadenza del termine accordato alla loro esercibilità, diverrebbero impossibili a farsi valere, arrecando diminuzioni ai beni devoluti al pagamento dei creditori? Qui si tratta, nè è ammessibile alcun dubbio in proposito, della conservazione della massa di cui parla l'articolo 727, e quindi è qui applicabile la disposizione in esso sancita; sicchè anche il giudice delegato può ordinare la sottrazione delle cambiali e titoli di credito del fallito nelle condizioni delineate all'art. 738 sull'apposizione dei sigilli.

Una giustissima esplicazione della portata che dovrebbe avere, ma che non ha però, l'art. 738 la dà il Vidari (1) dicendo che anche i titoli e le cambiali scadute, ma per le quali non è ancora scaduto il termine per essere presentate al debitore principale per il pagamento, devono essere sottratte alla apposizione dei sigilli. Ognun vede che *a fortiori* le ragioni che indussero il legislatore a sancire, in pro delle cambiali e titoli di credito non ancora scaduti ma a breve scadenza, la sottrazione ai sigilli, devono valere per le cambiali e titoli di credito scaduti, ma pei quali il termine utile per il pagamento non è ancora scaduto; e questo termine utile per il pagamento serve anche per l'eventuale necessità di escutere altri obbligati o per iniziare le azioni accordate dalla legge per far valere cotali obbligazioni (2).

O che le cambiali e gli altri titoli di credito del fallito, a breve scadenza, vengano sottratti alla apposizione dei sigilli per ordine del giudice delegato; o che lo sieno per domanda del curatore o della delegazione dei creditori o del fallito, è prescritta dal legislatore la descrizione degli oggetti consegnati al curatore; questa descrizione riguarderà la natura del titolo consegnato, la data della sua scadenza; la somma per cui fu tratto; la persona che lo accetta; gli avalli, le girate che può con-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 372, § 4554.

(2) Veramente è il Bravard-Veyrières che ha espressa una tale opinione: il Vidari la tolse da questo autore, il quale scrive: " Les effets de portefeuille échus sont-ils compris dans le second ou dans le troisième alinéa de cet article? Le second alinéa ne parle que des effets de portefeuille à courte échéance; mais les effets échus y sont compris à plus forte raison: car les démarches à faire pour en opérer le remboursement doivent être considérées comme des actes conservatoires „. E in una nota dipendente da questo passo il Bravard-Veyrières aggiunge: " Je crois même qu'il faut appliquer le deuxième alinéa aux simples billets ou aux expéditions d'actes authentiques constatant des créances du failli qui sont échues ou près d'échoir. *Les autres créances*, dont parle le troisième alinéa, sont seulement celles qui se trouvent constatées par des mentions faites sur les livres du failli ou celles dont il n'y a aucune épreuve écrite: pour ces créances le deuxième alinéa est évidemment inapplicable. Mais, toutes les fois qu'il existe un billet ou une expédition, je ne vois pas pourquoi le juge de paix ne procéderait pas à l'extration et à la description dont parle le deuxième alinéa; demander le paiement à échéance d'une créance quelconque c'est toujours faire un acte conservatoire „. — BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., pag. 311, 312, parte 1ª. Il Vidari si è anche servito di questa nota per esporre una analoga opinione.

tenere, ecc., insomma tutti quei dati di fatto che servono a stabilire la vera fisonomia del titolo che vien consegnato.

180. *Atti conservativi e provvedimenti del curatore intorno a tali atti. — Elenco dei documenti consegnati al giudice delegato.* — La consegna dei titoli di credito e delle cambiali a breve scadenza del fallito fatta al curatore, ha per iscopo di obbligare il curatore stesso a provvedere a quegli atti secondo la loro qualità. I provvedimenti del curatore sono atti d'amministrazione; atti eminentemente conservativi, perchè mirano a conservare alla massa dei creditori quella quantità di patrimonio che esiste, o in natura, o in altre cose, o in titoli, o in documenti che quelle cose rappresentano, all'epoca in cui il fallimento è dichiarato e viene organizzata la amministrazione.

Così il curatore, provvisorio o definitivo, ritenendo dall'articolo 748 l'obbligo di fare tutti gli atti conservativi necessari alla massa, vedremo meglio nell'esame di quest'articolo quali sieno gli atti che hanno qualità di conservativi. Qui basterà avvertire, che gli atti conservativi che dipendono dalle cambiali e dai titoli di credito, devono considerarsi non come soltanto conservativi della validità dei titoli o delle cambiali, ma anche come conservativi delle azioni speciali che da questi atti derivano in vista di farli valere. Sicchè non solo è un atto conservativo, per quanto impropriamente ciò si dica, la presentazione della cambiale al pagamento, avvenga esso o non avvenga, ma più, e meglio, è atto conservativo del credito dalla cambiale comprovato, il protesto provocato per la insolvenza del debitore, e la così avviata azione cambiaria. È atto conservativo la presentazione della cambiale o del titolo, non ancora accettato, alla accettazione, come è atto conservativo la presentazione della cambiale, già scaduta, ma per la quale il termine non è ancora trascorso, al protesto.

Da ultimo, l'articolo 738 contiene una disposizione che fu interamente tolta dall'articolo 578 del codice abolito: questa disposizione riguarda la formazione di un elenco dei documenti consegnati al curatore, e la rimessione del medesimo elenco al giudice delegato. Veramente esiste un divario fra la locuzione dell'articolo abolito e quella dell'articolo attuale: nel primo si dice: " un elenco di questi effetti sarà rimesso al giudice delegato „; nel secondo invece " un elenco dei documenti consegnati al curatore dev'essere dato al giudice delegato „. Per chiarezza d'espressione la prima locuzione vince la seconda; la quale però fu occasionata dal desiderio del legislatore di evitare la ripetizione dell'intera frase " le cambiali e gli altri titoli di credito a breve scadenza „; al che ottenere usò la voce " documenti „ qui messa, dunque, unicamente a ricordare gli oggetti di cui si parla nell'articolo 738; epperò a non altro che a quelli la parola " documenti „ si riferisce. Si ricava inoltre da questo disposto dell'articolo 738 che più devono essere gli elenchi di quei documenti consegnati al curatore; e cioè, almeno due: quello che verrà unito al processo verbale di apposizione dei sigilli, per quanto esso possa parere superfluo; e quello che deve essere rimesso al giudice delegato. Si parla di un elenco e quindi in esso non pare compresa alcuna descrizione dei documenti consegnati; ma noi crediamo che la voce *elenco* debba avere un significato più ampio di quello che si usa di solito assegnare ad essa; e quindi, essendo questo sovra tutto necessario per lo scopo che presiede alla consegna dell'elenco al giudice delegato, vi si intende compresa anche una descrizione, per quanto sommaria, degli oggetti stessi; a meno che non si intenda che al giudice delegato dev'essere pure tosto trasmessa anche la descrizione dei documenti redatta secondo ordina l'articolo 738; consegna che sarebbe solamente la ripetizione di ciò che si fa secondo gli articoli 736 e 737.

Art. 738.

Le cambiali e gli altri titoli di credito da esigersi a brève scadenza, o da presentarsi per l'accettazione, o per i quali siano necessarii atti conservativi, possono, coll'autorizzazione del giudice delegato e previa descrizione, essere consegnati al curatore, affinchè provveda a tali atti. Un elenco dei documenti consegnati al curatore dev'essere dato al giudice delegato.

Art. 739.

Il giudice delegato, qualora creda che l'inventario dei beni del fallito possa compiersi in un solo giorno, può ordinare che vi proceda immediatamente il curatore provvisorio, omessa l'apposizione dei sigilli.

Sommario.

181. *Eccezione alla regola che i sigilli devono sempre apporsi.*
182. *Eccezione alla regola che è il solo curatore definitivo che può redigere l'inventario*
183. *Inesecuzione della disposizione della sentenza dichiarativa del fallimento sulla apposizione dei sigilli.*

181. *Eccezione alla regola che i sigilli devono sempre apporsi.* — La sentenza, di cui parla l'articolo 691 del Codice di commercio attuale, deve ordinare l'apposizione dei sigilli ai beni del fallito; la regola quindi è che i sigilli sieno sempre apposti sul patrimonio del fallito; è una misura precauzionale della quale vedemmo lo scopo e che non può essere mai tralasciata. Ma potendo avvenire che l'entità del fallimento sia tenue così che si possa ritenere impossibile qualsiasi distrazione di oggetti, ed utile economizzare il tempo e la spesa necessaria alla apposizione dei sigilli ed alla procedura del fallimento, per non gravare di spese superflue il già breve patrimonio riservato ai creditori, il legislatore del 1882 ripete, e giustamente, la disposizione contenuta all'articolo 565 del codice cessato, esentando appunto dalla apposizione dei sigilli quei patrimonî di fallimento, il cui inventario potesse farsi in un sol giorno.

Viene quindi a sostituirsi alla immediata apposizione dei sigilli la immediata compilazione dell'inventario, e, non vi sarebbe neppur bisogno d'avvertirlo, la immediata assunzione di responsabilità da parte del curatore provvisorio, fissata dall'art. 742. Inutile pure insistere sul fatto che la eccezionale compilazione dell'inventario, rende inapplicabili tutte le disposizioni degli art. 733 a 738 riguardanti l'apposizione o la non-apposizione dei sigilli a determinati oggetti (1).

(1) Il Calamandrei, op. cit., vol. I, pag. 254-55, n. 291, accoglie l'opinione che " il processo verbale di pignoramento fatto dall'usciere può considerarsi come un vero inventario capace di corrispondere al voto della legge (articolo 739) e di rendere inutile l'apposizione „; per questo autore ha lo stesso effetto anche l'inventario redatto dagli eredi del fallito dopo la costui morte.

L'opinione del Calamandrei era già espressa dai seguenti autori francesi:

RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 150, n. 490; ALAUZET, op. cit., vol. VI, n. 2556; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, n. 172; DALLOZ, voce citata, n. 360; BRAVARD-VEYRIÈRES, DEMANGEAT, op. cit., pag. 410, nota 3ª; RIVIÈRE, op. cit., pag. 713, nota 1ª.

182. *Eccezione alla regola che è il solo curatore definitivo che può redigere l'inventario.* — Altra eccezione stabilita dall'articolo 739 è quella alla regola sancita dall'art. 740; secondo il quale soltanto il curatore definitivo entro i tre giorni successivi alla sua nomina definitiva, può e deve fare istanza per la rimozione dei sigilli o procedere alla formazione dell'inventario presente o citato il fallito stesso. Questa eccezione è una naturale conseguenza della eccezione esaminata nel n° 181; perchè data la non apposizione dei sigilli e la immediata compilazione dell'inventario; dato, in sott'ordine, il principio che è solo l'amministratore (curatore) che deve e può procedere all'inventariazione, è logico che dovesse chiamarsi a questa bisogna l'amministratore in funzione, quando esso vi è già allora che si ordina l'immediata redazione dell'inventario: il curatore provvisorio. Esso, avuto l'ordine dal giudice delegato, non può rifiutarsi di obbedire nè procrastinare l'inventariazione; e deve seguire la procedura che, eccetto l'istanza per la rimozione dei sigilli, inutile perchè non avvenuta l'apposizione, è prescritta dagli articoli 740 a 743 del Codice di commercio, non che la procedura generale dell'inventariazione ordinata dal Codice di procedura civile (articoli 866 a 874, libro III, titolo VIII, capo II. Deve, quindi, citare o far citare il fallito a presenziare alla inventariazione; ma se costui non si presenta e la citazione è regolare, il curatore provvisorio procede ugualmente alla compilazione dell'inventario.

183. *Inesecuzione della disposizione della sentenza dichiarativa di fallimento sull'apposizione dei sigilli.* — L'articolo 691, n° 2, dice che la sentenza dichiarativa del fallimento deve ordinare l'apposizione dei sigilli. Ora come si troverà questa disposizione di fronte alla disposizione dell'articolo 739? Evidentemente, è come se la apposizione dei sigilli non fosse stata ordinata. La legge non potendo ammettere una simile abrogazione da parte di un qualsiasi privato, ha accordata la facoltà di rendere irrita la disposizione dell'art. 691 al giudice delegato che rappresenta, nella procedura del fallimento, il tribunale che pronuncia la sentenza. Ecco, quindi, come il giudice delegato valendosi delle ampie facoltà accordategli dall'art. 727, possa opporsi alla sentenza dell'art. 691 e vietare l'apposizione dei sigilli, sostituendovi la immediata compilazione dell'inventario.

Che il giudice delegato sia il solo giudice della possibilità che l'inventario possa in un sol giorno essere redatto, non v'ha dubbio (1); e quindi egli deve ben considerare se la apparente possibilità di compiere la inventariazione in un sol giorno, sia traducibile in fatto, perchè la legge è esplicita su questo punto e non può ammettere che il giudice delegato abusi del potere eccezionalmente accordatogli dall'art. 739. Tuttavia, quando avvenga che l'inventario non si possa in un sol giorno finire, dopo che il giudice delegato ordinò di ommettere l'apposizione dei sigilli e di procedere immediatamente alla inventariazione, ciò non importa nessuna nullità (2): perchè è poi anche ad intendersi, che la precisazione della legge, riguardo al tempo in cui debbe farsi la eccezionale inventariazione, è più dimostrativa che tassativa; cioè, impone un limite intorno a cui, senza superarlo ed esorbitarne di troppo, il giudice delegato puo valersi della accordatagli facoltà. Notisi da ultimo che non è un obbligo che il legislatore all'articolo 739 fa al giudice delegato, ma è una facoltà che gli concede, facoltà il cui esercizio non può

(1) Cfr. RUBEN DE COUDER, Op. cit., vol. IV, pag. 149, n. 487.

(2) Cf. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 255, n. 291; RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 149, n. 487; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 421 ALAUZET, op. cit., n. 2556; LAROQUE-SAYSSINEL, op. cit., vol. I, pag. 441; BRAVARD-VEYRIÈRES, DEMANGEAT, pag. 110, vol. V, nota 2ª; BOISTEL, op. cit., p. 698; Cassazione di Francia, sentenza 13 febbr. 1855.

essere da chicchessia provocato, essendo il giudice delegato in ciò indipendente.

L'ordinanza colla quale il giudice delegato sopprime l'apposizione dei sigilli ed ordina al curatore provvisorio di procedere alla immediata compilazione dell'inventario, a mente dell'articolo 910 Codice di commercio non è soggetta ad alcun richiamo. Molti autori, specialmente francesi, considerano il caso in cui il giudice di pace (il nostro pretore in questo caso) non sapendo che il giudice delegato ha ordinato la immediata inventariazione, si porti sul luogo per procedere all'apposizione dei sigilli, avendo di ciò ricevuto ufficiale avviso dalla cancelleria del tribunale che ha pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento. Posto il fattispecie questi autori lo risolvono conforme a necessità; e uno fra essi scrive:

" Le juge de paix qui, dans l'ignorance de cette dispense, s'est transporté sur les lieux pour procéder à l'apposition des scellés, doit s'abstenir, en se formant à dresser procès-verbal de l'incident, (1).

Questa soluzione logica di un incidente che può presentarsi anche colla attuale legislazione commerciale italiana, è da adottarsi, a nostro parere, anche dal magistrato italiano che non possa, per l'applicazione del disposto dell'articolo 739 del Codice di commercio, procedere alla apposizione dei sigilli. Egli, dovendo assolutamente obbedire alle prescrizioni degli articoli 691, n° 2, 692, 733 Codice di commercio, come non può non procedere all'apposizione dei sigilli, così non può, anche per l'obbligo del suo ministerio, far a meno di verbalizzare quel qualunque incidente che intervenne a rendergli impossibile l'adempimento di quell'obbligo che dalla legge gli è fatto; così egli si limita a rilevare la causa per cui l'apposizione dei sigilli non potè effettuarsi e non può fare all'ordinanza del giudice delegato alcuna specie d'opposizione.

Art. 740.

Il curatore, entro giorni tre dalla sua nomina definitiva, deve fare istanza per la rimozione dei sigilli e procedere alla formazione dell'inventario dei beni del fallito, presente o citato il fallito stesso.

Art. 741.

L'inventario è esente dalle ordinarie formalità di procedura e dalle tasse di registro e bollo, e dev'essere compilato, in doppio originale, dal curatore coll'intervento della delegazione dei creditori, o, se questa non è ancora costituita, coll'intervento di uno o più creditori, o di un notaro o d'altra idonea persona, designati dal tribunale e, in caso d'urgenza, dal giudice delegato.

L'inventario deve comprendere la descrizione di tutta la sostanza attiva del fallito ed essere sottoscritto da tutti gli intervenuti. Uno degli

(1) RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 149-150, n. 409.

In favore: BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, n. 173; DALLOZ, voce citata, n. 361; ALAUZET, op. cit., vol. VI, n. 2554; LAROQUE-SAYSSINEL, op. cit., vol. I, n. 443.

originali dell'inventario dev'essere depositato entro ventiquattro ore nella cancelleria del tribunale.

Il curatore può farsi coadiuvare per la formazione dell'inventario e per la stima da persona idonea nominata dal giudice delegato.

Tuttavia il tribunale, quando le speciali circostanze del fallimento lo richiedano, può prescrivere particolari norme e cautele per la compilazione dell'inventario.

Art. 742.

Terminato l'inventario, il curatore deve sopra ciascun originale di esso costituirsi depositario giudiziale delle merci, del danaro, dei titoli di credito, dei libri, delle carte e dei mobili ed altri oggetti del fallito, che riceve in consegna.

Il danaro dev'essere depositato giudizialmente.

Rispetto ai libri ed alle carte del fallito, in caso di procedimento penale di falso, si applicano le disposizioni degli articoli 698 e 701 del Codice di procedura penale.

Sommario.

184. *La rimozione dei sigilli è un obbligo ed un diritto del solo curatore definitivo.*
185. *Procedura della rimozione dei sigilli.*
186. *La formazione dell'inventario e la presenza del fallito.*
187. *La procedura dell'inventario secondo il diritto commerciale.*
188. *Obblighi e facoltà del curatore che procede all'inventariazione.*
189. *Ingerenza del tribunale.*
190. *Il curatore è il depositario giudiziale dei beni del fallito elencati nell'inventario.*
191. *L'inventario nei rapporti col Codice di procedura penale.*

184. *La rimozione dei sigilli è un obbligo e un diritto del solo curatore definitivo.* — L'articolo 587 dell'abolito Codice di commercio italiano (1865), faceva ai sindaci definitivi, entro tre giorni dalla loro nomina, l'obbligo di chiedere la rimozione dei sigilli e di procedere alla formazione dell'inventario dei beni del fallito, il quale doveva essere presente o legalmente chiamato. Con ogni evidenza la locuzione " legalmente chiamato „, usata dal legislatore del 1865, equivale alla più precisa dizione " citato il fallito „ dell'attuale Codice; perchè la legale avocazione del fallito a presenziare la rimozione dei sigilli e la compilazione dell'inventario, non si può, in altro modo compire che mediante una citazione. Spiegato così il valore della poco tecnica espressione del codice cessato, ognuno può riscontrare quale affinità esista tra il presente art. 740 e l'art. 587 citato: affinità che ben si può chiamare identità, sol che si consideri essere stato sostituito nelle funzioni e nella figura giuridica dei sindaci, il curatore. Dunque come erano soltanto i sindaci definitivi quelli che dalla

legge aveano facoltà di procedere alla rimozione dei sigilli, così è solo il curatore definitivo che tuttavia ne è investito (1).

Questa limitazione rigida delle facoltà già ampie concesse ai sindaci provvisori od al curatore provvisorio (2), limitazione tanto più atta a meravigliare quanto più si scenda coll'indagine e colla critica a raffrontare le diverse parti dalla legge sul fallimento, in alcune delle quali (art. 733, 736 a 738) al curatore provvisorio sono concessi importantissimi diritti tanto sulla apposizione dei sigilli che su parziali inventariazioni; questa limitazione, diciamo, trova la causa della sua sanzione nel criterio dominante, seguìto sempre dal legislatore, di assicurare con mezzi di fatto e con rimedi di diritto, la conservazione dei beni del fallito agli interessi dei creditori. Così, siccome è una misura conservativa di capitale importanza e che non ammette dilazioni, l'apposizione dei sigilli è imposta dal legislatore appena aperto il fallimento anche prima della pronunciazione della sentenza che lo dichiara (art. 733 e 691), mentre, per la stessa ragione conservativa dei beni del fallito, non si ammise la rimozione dei sigilli se non allora che, formatasi la definitiva ed ordinaria amministrazione del fallimento, il curatore possa assumersi intera la responsabilità della difficile gestione amministrativa: se si fosse concesso, quando ancora non era costituito perfettamente l'organismo amministrativo, di togliere i sigilli, potevano avvenire dispersioni e sottrazioni della massa patrimoniale, dannose all'interesse dei creditori.

Dunque la misura prescritta dall'art. 740 è una misura di carattere prettamente conservativo e precauzionale, intimamente legata alle altre prescrizioni che regolano l'apposizione dei sigilli.

In uno dei precedenti paragrafi, parlando dell'apposizione dei sigilli, abbiamo fissato, come periodo massimo che può intercedere fra l'apposizione e la rimozione dei sigilli, qualora il curatore definitivo accetti l'ufficio, giorni 26: sicchè la rimozione dei sigilli, potendo aver luogo dopo un periodo abbastanza lungo, diviene obbligatoria pel curatore appena fattane la nomina definitiva e durante un altro periodo di giorni tre dalla data della sua nomina.

L'intelligente lettore avvertirà, senza più, un equivoco, che accresce il numero di quelli che abbelliscono così singolarmente l'attual Codice di commercio; e l'equivoco, l'antinomia, la contraddizione, risultano dal confronto del disposto dell'articolo 740 col disposto dell'art. 718. Il legislatore all'articolo 717 dice che il tribunale, dopo la prima adunanza dei creditori indicata nell'art. 691, e veduto il processo verbale di essa, dichiara definitiva la nomina del curatore nella persona provvisoriamente designata, ovvero conferisce tale ufficio a persona diversa: perciò la data della nomina definitiva del curatore è la data della sentenza che nomina il curatore; ed è da questa data che il legislatore fa decorrere il periodo di tre giorni del quale parla all'articolo 740. Osserviamo ora ciò che dispone l'art. 804 del Codice di commercio: vi si dice che il curatore il quale si è reso colpevole di negligenza è punito col carcere da un mese ad un anno e con multa estensibile a lire 300.

Lettore benevolo, quali sono le conseguenze che si ricavano, per riguardo al curatore, dal confronto dei citati articoli? Conseguenza più importante e che rias-

(1) Non è così nella legge francese per la quale, concordi, la giurisprudenza e la dottrina ammettono anche nei sindaci provvisori tale facoltà, anzi, di regola, sono i sindaci provvisori che passano alla rimozione dei sigilli. — Cfr. RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 172-178.

(2) Il caso in cui l'inventario, potendo compiersi in un sol giorno, venga dal giudice delegato autorizzata la non apposizione dei sigilli (art. 739), è il solo che si possa considerare come eccezione alla regola dell'art. 740 riguardo al curatore.

sume tutte le altre si è, che il curatore può essere condannato ad un anno di carcere ed a 300 lire di multa. E le altre conseguenze che diventano le cause determinanti di questa sventura che flagella il curatore, sono: 1° la notificazione della avvenuta nomina non immediatamente trasmessa dal cancelliere del tribunale commerciale al curatore, dimodochè il periodo di tre giorni concessogli si trova ridotto ad un periodo minore; 2° la negligenza di fatto del curatore nel passare alla rimozione dei sigilli, quando vi addivenga entro giorni tre dalla notificazione della nomina, invece che dalla data della nomina definitiva.

È deplorevole che al legislatore non siasi presentata, negli studi preparatori del Codice, la congerie di difficoltà che si venivano ad ammassare nell'applicazione della legge.

Così, se avesse intravveduta la difficoltà che l'aver fissata come termine *a quo* per il decorso dei tre giorni, agli effetti dell'art. 740, la nomina definitiva del curatore, creava pel curatore stesso, è probabile che più logicamente avrebbe stabilito la data dell'avvenuta notificazione (1); così la negligenza del curatore nell'adempire all'obbligo fattogli dall'articolo 740 sarebbe stata indubbia ed a lui solamente imputabile; mentre non lo può essere allo stato attuale della nostra legge di commercio.

Nè noi fermeremo la nostra critica a questo solo inconveniente; chè un altro, e non meno grave, ce ne addita la ermeneutica della legge.

Il curatore quando abbia ricevuta la notificazione della nomina a curatore definitivo, sia egli il curatore provvisorio od un'altra persona, non è tenuto ad entrare subitamente in ufficio; ma la legge (articolo 718) gli concede un periodo di tre giorni entro il quale deve prendere una decisione; la legge, e, come osservammo, erroneamente a parer nostro, gli concede però questo periodo unicamente per decidersi a non accettare; perchè l'art. 718 dice che il curatore che *non intende accettare l'ufficio* deve dichiarare al tribunale *il suo rifiuto* entro tre giorni dalla notificazione della nomina. Evidentemente, il tempo che il curatore, prima di decidersi ad accettare, può lasciar correre, corre sin nel caso che accetti all'ultimo momento come nel caso che si decida a rifiutare; sicchè si può considerare fatta al curatore facoltà di accettare entro tre giorni dalla notifica della nomina: ciò deriva dalla forza dei fatti e nessun rimedio di legge può esservi opposto.

Raccogliamo ora quello che sgorga dalla esposta interpretazione. Il curatore definitivo ha pieno diritto di non entrare nell'ufficio che tre giorni dopo la trasmessagli notificazione della nomina; quindi, non può essere tenuto ad adempire a nessuno degli atti che, come amministratore del patrimonio, gli incombono fino a quando non abbia accettato: non è, così, più fattibile alcun accordo tra la disposizione dell'articolo 740 e il diritto che ha il creditore di soprassedere giorni tre a significare il suo rifiuto al tribunale: i tre giorni che decorrono dalla data della avvenuta notificazione alla assunzione dell'ufficio combinano coi tre giorni di cui parla l'articolo 740 e decorrono contemporaneamente; anzi, più precisamente, decorrono prima i giorni tre dell'art. 740, dei giorni tre dell'art. 718; per il fatto che gli uni hanno per limite *a quo* la nomina definitiva, gli altri invece la avvenuta notificazione della nomina stessa. Deriva, però, da tale mostruoso addensarsi di difficoltà questo singolare obbligo al curatore: egli, cioè, deve domandare la rimozione dei sigilli prima ancora d'essersi deciso ad accettare l'ufficio di che il tribunale vorrebbe rivestirlo: ed è poi maraviglioso

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 256, § 292.

come ai commentatori (1) dell'attuale Codice di commercio italiano che sono *multi et non indigni*, non siasi presentata questa congerie di contraddizioni. Forse partono dal punto di vista che il commentatore deve completare il legislatore anche quando costui non è solamente incompleto ma poco perspicuo od assurdo: forse a noi mancherà quel *granum salis* colla scorta del quale devesi interpretare la legge; forse il legislatore intese, ma in niun modo lo espresse, porre a capo saldo delle varie disposizioni riguardanti il curatore definitivo, il principio che egli deve già avere accettato l'ufficio e che il termine *a quo* non è altro che quello che si fissa dal momento dell'accettazione e della effettiva entrata in azione. Noi ammettiamo tutto ciò ed ammettiamo pure che ci si possa tacciare di superfetazione e di sofisma nella critica; ma dobbiamo ripetere che, in questa materia ciò che vi ha di più notevole sono i non sensi, le contraddizioni e gli equivoci che balzano fuori non meno dalla lettera che dallo spirito della legge. La pratica e la benevolenza dei trattatisti (2) ha tolto il pericoloso valore delle ambiguità sancite dal legislatore; sicchè si deve ritenere che i tre giorni di cui parla l'art. 740 decorrono non dalla avvenuta nomina del curatore definitivo (artic. 717) ma invece dalla notificazione della nomina e meglio dalla cessazione del periodo accordato al curatore per rifiutarsi qualora non voglia assumere l'ufficio (art. 718).

185. *Procedura della rimozione dei sigilli.* — Stabilito il momento in cui deve essere fatta la rimozione dei sigilli e visto che è il curatore definitivo che deve fare la istanza necessaria, ci troviamo di fronte ad una nuova difficoltà, questa pure dovuta alla negligente redazione degli articoli di legge, cioè: a chi deve il curatore dirigere l'istanza per la rimozione? quale persona potrà passare a questa rimozione? Qui convien approfittare del silenzio della legge per applicare le disposizioni del Codice di procedura civile; ma queste disposizioni sono applicabili solamente per riguardo alla persona cui dev'essere rivolta l'istanza, e per il modo secondo il quale si può procedere alla rimozione. Mentre la legge di procedura civile non può dare alcun lume per riguardo alla persona che deve procedere alla rimozione. Il Vidari (3), il solo commentatore che abbia veduta profondamente la necessità di una vera analisi delle disposizioni di legge a questo punto, scrive: " ..... Siccome la rimozione dei sigilli e la compilazione dell'inventario sono due atti che si susseguono immediatamente, e l'inventario si deve compilare per espressa dichiarazione della legge senza intervento di cancelliere, a differenza così di quanto stabilisce il Codice di procedura civile; così crediamo di poter affermare che la rimozione dei sigilli si deve compiere dal curatore soltanto, senza intervento di pretore o di cancelliere, per evitare maggiori spese alla massa „. Questa opinione del Vidari è confermata da una sentenza del tribunale di commercio di Napoli la quale ha posto questa massima: " Ai termini degli artic. 740 e 741 del vigente Codice di commercio il curatore incaricato di procedere all'inventario è investito pure dell'incarico della rimozione dei sigilli „ (4), e conformemente scrive il Bolaffio (5): Il Calamandrei invece non è così esplicito come il Vidari ma non sembra tuttavia che egli si schieri contro la sentenza del tri-

(1) Fra gli altri il Pagani, già citato, nel *Digesto Italiano*, fa supporre ch'egli ritenga non essere il solo curatore definitivo quello che può rimuovere i sigilli; e che l'inventario possa farsi prima della rimozione dei sigilli. Chi può ritener serio ciò?

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 373, n. 4556; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, passo citato.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 374, n. 4557.

(4) *La Legge*, 1883, II, pag. 238; Brancaccio, 21 febbraio 1883.

(5) *Temi Veneta*, n° 38 del 1883, p. 446, nota a.

bunale di Napoli, come afferma il Vidari (1): scrive il Calamandrei " La rimozione dei sigilli è fatta dal curatore coll'intervento delle persone indicate nell'articolo 741 „ (2). Dunque, anche questo autore ammette il legame tra la compilazione dell'inventario e la rimozione dei sigilli alla guisa stessa che fu ammesso dal tribunale di commercio di Napoli (3), sulle cui deduzioni il Vidari ricamò la sua tesi.

Il pretore, a cui viene rivolta dal curatore definitivo la istanza per la rimozione dei sigilli, deve limitarsi ad accogliere la domanda ed a rilasciare senz'altro la richiesta autorizzazione: e il curatore per quanto non sia ufficiale giudiziario deve attenersi a quelle norme speciali che sono prescritte dalla procedura civile quanto alla rimozione dei sigilli.

La sez. II, cap. I, tit. VIII, libro II, del Codice di procedura civile che regola la rimozione dei sigilli, va applicata alla rimozione, nel caso dell'articolo 740 del Codice vigente di commercio, con quelle norme particolari che sono da osservarsi per la specialità del caso.

Così il tempo, entro il quale i sigilli possono essere rimossi, non è quello fissato dall'articolo 857, ma bensì quello dell'art. 740: e la disposizione dell'art. 858, che concede la facoltà di chiedere la rimozione alle persone cui è concesso di chiedere l'apposizione, non è più applicabile al caso del fallimento; in quanto che è il curatore, mandatario in questo caso dei creditori, la sola persona che ha diritto ed obbligo di chiedere la rimozione. Invece la citazione del fallito, resa obbligatoria dall'articolo 740, deriva dalle prescrizioni coordinate degli art. 863, 868, 869 del Cod. di procedura civile.

La presenza del fallito alla rimozione dei sigilli ed alla compilazione dell'inventario è determinata dal riconoscimento nel fallito del diritto di tutelare, quasi in contraddittorio dei creditori, rappresentati dal curatore, il proprio interesse; e più che alla infrazione dei sigilli il legislatore intese chiamarlo alla compilazione dell'inventario; sia per metterlo in grado di tutelare eventualmente il proprio interesse, quanto di fornire al curatore, nell'atto che compila l'inventario, tutte quelle elucidazioni e notizie sugli oggetti da elencare che potessero essere necessarie: vedremo nel successivo numero, parlando dell'inventario, quale importanza possa avere la presenza del fallito e la sua regolare citazione.

I commentatori (4) a questo punto, sono guidati non dal Cod. di comm., ma dalle disposizioni del Codice di procedura civile.

Perchè, se ben si considera che nel caso di ingresso nei beni patrimoniali rilasciati da un deceduto, sui quali beni sia stata apposta sigillazione, l'opposizione alla ri-

(1) Passo citato, nota n. 5.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 256, § 293.

(3) La motivazione di questa rimarchevole sentenza è questa: " Attesochè comunque per sè stessi non possono confondersi gli atti della rimozione dei sigilli e dell'inventario, essendo cose distintamente contemplate anche dal Codice di procedura civile che regola la prima nel Capo I, Sez. II, Libro III, Titolo VIII, e l'altro nel Capo II del suddetto Titolo, tuttavia quando la rimozione vien fatta in occasione dell'inventario ai sensi dell'art. 861 del menzionato Codice di procedura, essa si fa dall'uffiziale che procede al medesimo, ed i sigilli sono rimossi successivamente e di mano in mano che si progredisce nello stesso, per cui sono due cose che procedono per così dire contemporaneamente in identico scopo. Da ciò consegue che il curatore, il quale è incaricato ora per legge di procedere all'inventario sia anche investito dell'incarico della rimozione dei sigilli, sul quale proposito è anche da considerarsi che con una diversa interpretazione non avrebbe quasi più il suo scopo la disposizione del nuovo Codice di commercio, poichè il cancelliere per la rimozione dei sigilli dovrebbe istessamente intervenire in occasione dell'inventario..... „.

(4) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 375, § 4558 CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 256, n. 293 PAGANI, voce citata, *Digesto Italiano*.

mozione dei sigilli ha per iscopo di conservare uno *status quo* di fatto e di diritto che può profittare agli opponenti, mentre la rimozione tende a profittare a quelli che la richiedono, si vede come nel caso di fallimento, essendo il solo curatore definitivo quello che può far istanza per la rimozione, soltanto il fallito dovrebbe avere interesse ad opporsi o gli aventi causa da lui: mentre poi al fallito per vero poco può profittare la opposizione. Altre persone che potrebbero opporsi non sono certo i creditori, come massa, perchè costoro chiedono nell'interesse proprio, per mezzo del curatore, la rimozione: quindi unicamente potrebbero opporsi alla rimozione i proprietari d'oggetti sottoposti all'apposizione perchè rinvenuti nel patrimonio del fallito. Ma non sono forse costoro i più interessati a voler tolti i sigilli per veder quegli oggetti liberati da quel vincolo infrangibile? Certo che sì: e, al caso, essi potrebbero trovar interesse nell'opporsi alla inventariazione di quelli stessi oggetti poi che i sigilli furono tolti. Egli è nel fatto che la legge non consente opposizione alla compilazione dell'inventario, e gli aventi diritto ad opporsi acchè qualche oggetto vi sia compreso, devono fare opposizione alla rimozione dei sigilli; perchè è la loro opposizione che li mette in diritto d'assistere all'inventariazione (art. 863, 868, 869) e di valersi quindi del favorevole disposto dell'art. 872, n. 13, del Codice di procedura civile (1). Comunque sia, giacchè opposizione alla rimozione dei sigilli può farsi, questa deve essere proposta come è prescritto dal Codice di procedura civile: cioè, è fatta con dichiarazione nel processo verbale d'apposizione, o con atto notificato al cancelliere della pretura, nelle forme prescritte per l'atto di citazione; l'opposizione deve contenere: 1° il nome e cognome, l'indicazione del domicilio o della residenza dell'opponente; 2° l'elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza a norma del capoverso dell'art. 868 (Cod. proc. civ.) 3° i motivi dell'opposizione. Avuta la dichiarazione d'opposizione, il pretore rimette le parti ad udienza fissa davanti alla autorità giudiziaria competente; ma la rimozione dei sigilli ha luogo ugualmente (2), e gli opponenti acquistano solamente il diritto di presenziare alla compilazione dell'inventario, e di far raccogliere allora le proprie osservazioni ed istanze, che vengono menzionate nell'inventario.

La domanda di rimozione presentata dal curatore, come il decreto che la autorizza emanato dal pretore, sono scritti in fine del processo verbale d'apposizione (art. 859 Cod. proc. civ.): e, come dell'apposizione, così si fa processo verbale della rimozione dei sigilli. Tale processo verbale è steso secondo le prescrizioni dell'art. 864 del Codice di procedura civile: osservando, però, che non può essere firmato dal cancelliere il quale non è autorizzato ad assistervi, per la eccezione che il legislatore commerciale ha sancito cogli art. 740, 741 del Cod., alle disposizioni della procedura civile (3).

186. *La formazione dell'inventario e la presenza del fallito.* — La Commissione del 1869 per gli studi preparatori del vigente Codice di commercio, conservando in massima le disposizioni degli art. 587 e 588 del Codice abolito riguardo alla formazione dell'inventario, riteneva tuttavia necessario portarvi alcune modificazioni che valessero a rendere più rapida e meno dispendiosa la compilazione dell'inventario; e negli atti

(1) Conformi: PARDESSUS, op. cit., n. 1152; RENOUARD, op. cit., pag. 493, vol. I; BÉDARRIDE, op. cit., n. 337; BORSARI, op. cit., n. 1797 *b*; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 375, n. 4558.

(2) VIDARI, *ibidem*.

(3) Erra pertanto il CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 257, n. 293, quando dice che anche il cancelliere firma il verbale; erra ed è, di più, in contraddizione con se stesso, avendo in un passo che riferimmo, accolta la esclusione sia del pretore che del cancelliere.

di quella Commissione così sono giustificate le analoghe modificazioni: " Uno dei motivi, per i quali i creditori preferiscono qualunque privato accomodamento al regolamento giudiziale dei fallimenti (1), è certamente la tema che, oltre gl'indugi commessi al procedimento, le spese di esso assorbano in tutto, o in gran parte, anche quel poco che rimane, e l'esperienza dimostra che questi timori non sono totalmente infondati. Perciò nella revisione del Codice di commercio deve porsi una cura speciale anche per trovar modo di diminuire, per quanto è possibile, tali spese, senza toccare le leggi generali di procedura, perchè ciò eccederebbe il mandato, del cui adempimento ora si tratta. Con questo indirizzo qualche cosa può farsi nel regolare le forme della compilazione dell'inventario.

" A tenore delle citate disposizioni, la compilazione dell'inventario dovrebbe farsi colle norme generali del Codice di procedura civile, temperate da poche modificazioni, non sempre ispirate all'intento di diminuire le spese. Volendosi invece che l'accennato intento sia seriamente raggiunto senza sagrificio delle garantie necessarie a raggiungere gli scopi essenziali di quell'atto, importa stabilire quali sieno realmente tali scopi e come possano raggiungersi senza dispendiose formalità.

" L'inventario serve a constatare l'entità e gli elementi del patrimonio attivo del fallito all'epoca della dichiarazione del fallimento. La sua esattezza è di somma importanza per tutti, giacchè il curatore ha interesse che i beni descritti nell'inventario esistano realmente, perchè su di esso dovrà fondarsi la sua resa di conto; e tanto i creditori, quanto il fallito, hanno, per lo stesso motivo, l'interesse contrario che nulla, cioè, si ommetta nell'inventario di ciò che esiste realmente. Basta quindi che questi interessi opposti siano messi l'uno di fronte all'altro nella formazione dell'inventario, perchè possa aversi ogni

(1) Giova avvertire che gli accomodamenti esgiudiziali, per quanto non figurino nelle statistiche, e non tolgano che, vigente il Codice nuovo di commercio, sieno ben numerosi i procedimenti giudiziali, — la statistica dei fallimenti, giudizialmente dichiarati nel Regno, per l'ultimo quinquennio è: nel 1886, fallimenti 1301; nel 1887, 1603; nel 1888, 2212; nel 1889, 2848; nel 1890, 2911 — sono, si può ben dire, la regola comune del commercio; oggi i creditori di un fallito negoziante preferiscono di accomodare, senza intervento di *giustizia*, le loro facende col debitore, non tanto per un sentimento di carità e di simpatia per le altrui disgrazie — che i fallimenti di sventura sono rarissimi — ma per evitare gli eterni provvedimenti e le lungaggini che il Codice attuale rende indispensabili per la giudiziale procedura; lungaggini e provvedimenti, che incapaci di far restituire il mal tolto al negoziante bancarottiere, sono invece indicatissime per evaporizzare a beneficio del fisco, del curatore e di altri che non sono i creditori, il poco attivo che rimane. Oggi non è proprio più il caso, per riguardo ai negozianti che falliscono, di scrivere ciò che il Watson, nei suoi *Annals of Philadelphia*, scriveva nel primo quarto di questo secolo, intorno alla miracolosa rarità dei fallimenti: " Allorchè un fallimento, scrive codesto autore, per causa eccezionale, avveniva, era tale la sorpresa e la pietà generale nel pubblico, che i cittadini si salutavano con volto addolorato e facevansi condoglianze e rammarichi, come di una comune sciagura. Quando il proprietario di una fabbrica di Filadelfia fallì, la sua casa rimase chiusa per una settimana, come emblema del più profondo lutto di famiglia, e tutti i passanti si arrestavano istintivamente ed esprimevano il loro amaro cordoglio. Ma oggi le cose sono ben cangiate; ed un certo numero di fallimenti nel corso dell'anno è considerato così naturale come un certo numero di morti „. (Citato dal Loria, *Analisi della proprietà capitalistica*, vol. I, p. 344, Torino, Bocca, 1889). — Anzi par proprio il caso di chiedersi se sia vero il VI degli " Avvertimenti politici e civili „ del Guicciardini, che, cioè, " il fine dei mercanti è il più delle volte il fallire..... „; — o se non sia accettabile l'etimologia che il Guerrazzi in uno scritto pochissimo conosciuto, " *La clava d'Ercole* „ adattava nelle condizioni presenti al verbo *fallire*; notando che nel vocabolo oggi vi una *l* di più, perchè il verbo devesi leggere così: *fa lire* per aver chiaro il suo significato.

guarentigia, col risparmio di inutili formalità „ (1). Per le ragioni esposte negli atti della Commissione venne tolta, dall'art. 587 del Codice abolito, la disposizione, dipendente del resto da quella dell'articolo 865 Codice di procedura civile, la quale rendeva applicabili all'inventario del patrimonio di fallimento, le forme stabilite dal Codice di procedura civile: invece il Codice di commercio francese non parla affatto della procedura da seguirsi per la levata dei sigilli e per la compilazione dell'inventario; sicchè convien seguire l'opinione, che tali operazioni sieno, senz'eccezione, regolate dalle norme della procedura civile (2).

Il Codice di commercio dei Paesi Bassi, il quale, come in uno dei numeri precedenti abbiamo accennato, non è tanto imperativo nell'ordinare l'apposizione dei sigilli quanto sarebbe desiderabile, non dà alcuna norma precisa nè intorno alla rimozione dei sigilli, nè intorno alla formazione dell'inventario; solamente negli articoli 780, 798 e 799 parla della contemporaneità tra la compilazione dell'inventario e la rimozione dei sigilli; anzi ammette che l'inventariazione possa essere compita pure quando non si apposero i sigilli, senza alcun limite a questo caso.

L'ordinanza germanica sui fallimenti obbliga il curatore (art. 113 e 114) alla formazione di uno stato di tutti gli oggetti che fanno parte della massa, con indicazione del loro valore; ed alla formazione di un inventario, il quale, firmato da lui, è deposto, unitamente al bilancio, nella cancelleria.

La legge austriaca (1869) ordina la compilazione dell'inventario; da eseguirsi colla maggiore sollecitudine possibile, dal commissario del concorso (giudice delegato) o da altro delegato giudiziale, coll'intervento dell'amministratore della massa, ed essendo possibile, in presenza del fallito (§ 91).

Venendo all'analisi delle prescrizioni del vigente Codice di commercio, vediamo ciò che sia l'inventario. Il Renouard (3) scrive: " L'inventaire est un des actes les plus sérieux de la procédure de la faillite. C'est par lui que les syndics prennent en charge l'actif dont ils sont comptables; par l'inventaire sont constatées l'existance des faits, la présence des titres et valeurs. Cet acte a été jugé si important, non seulement pour établir la situation de la faillite, mais aussi pour en découvrir les causes et pour apprécier la conduite du failli..... „.

Nel passo che abbiamo tolto dai verbali della Commissione del 1869 si dice che " L'inventario serve a constatare l'entità e gli elementi del patrimonio attivo del fallito all'epoca della dichiarazione del fallimento „.

Dunque, la caratteristica più saliente della compilazione dell'inventario è quella, di formare la base di fatto dell'attivo patrimoniale della massa devoluto al pagamento dei crediti; è l'inventario che abilita l'amministrazione del fallimento a conoscere fino a qual punto possano sperare i creditori il soddisfacimento dei loro diritti; fino dove sia esatto il bilancio presentato dal fallito; e al caso è pure l'inventario che rende più sicura la formazione del bilancio da parte del curatore, qualora il curatore non lo abbia presentato. L'inventario ha quindi veramente quel carattere " le plus sérieux „ che il Renouard gli attribuisce ed è per questo che la legge di commercio, per quanto abbia bandite le minuziose formalità imposte dal Codice di procedura civile, ha tuttavia voluto accordare al tribunale, vedute le speciali circostanze del fallimento, la facoltà di prescrivere particolari norme e cautele per la compilazione di esso.

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 5 febbraio 1872.

(2) Il PARDESSUS, op. cit., vol. II, pag. 581, n. 1174, non dubita affatto di ciò.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 471.

L'articolo 740 del vigente Codice di commercio ordina la contemporaneità della rimozione dei sigilli e della compilazione dell'inventario; e questo, che è in precisa conformità con le prescrizioni del Codice di procedura civile, sulla rimozione dei sigilli e sull'inventario, trova la sua giustificazione nella necessità che la guarentigia, che viene meno per la levata dei sigilli, sia riconfermata per la descrizione degli oggetti, già sequestrati coll'apposizione dei sigilli, in un documento ufficiale quale è l'inventario. Si sostituisce man mano alla sigillazione l'inventariazione e per questo non è concesso di innoltrarsi, nel togliere i sigilli, se prima tutti gli oggetti che ne furono liberati non sono regolarmente iscritti nell'inventario. Se più giorni occorrono per la compilazione dell'inventario, i sigilli non vengono tolti giornalmente che da quella sola parte di oggetti che vengono registrati nell'inventario, e ciò secondo lo spirito, ed in parte, secondo la lettera dell'articolo 861 del Codice di procedura civile, e secondo la miglior giurisprudenza e la più autorevole dottrina.

La presenza del fallito, che è richiesta dal legislatore commerciale all'atto della rimozione dei sigilli nella disposizione dell'articolo 740, è pure richiesta, nello stesso articolo, per la compilazione dell'inventario. La presenza del fallito alla compilazione dell'inventario, è ritenuta necessaria dal legislatore per quella foggia di contraddittorio che deve istituirsi tra i creditori e il fallito; i quali tutti " hanno, per lo stesso motivo, l'interesse contrario, che nulla cioè si ommetta nell'inventario di ciò che esiste realmente „ (1). Oltre di ciò la ragione per cui il legislatore sancì il disposto dell'art. 740 si può riscontrare anche nella necessità che del fallito possa avere il curatore che redige l'inventario, di tutte quelle elucidazioni che il solo fallito può essere in caso di dare.

Ritenuta necessaria la presenza del fallito e vedutene le ragioni si presenta una prima domanda: la presenza del fallito, dopo che egli fu citato, è tanto strettamente obbligatoria che non si possa procedere alle operazioni dell'articolo 740 senza che egli vi presenzi? Poi: la presenza del fallito non citato è una sanatoria della mancata citazione di lui, e le operazioni si potranno intraprendere? Da ultimo: il fallito citato e comparso, mediante mandatario, potrà in questo modo assistere alla rimozione dei sigilli ed alla inventariazione?

Vediamo di risolvere le questioni che in queste domande trovano fondamento.

La citazione del fallito è strettamente obbligatoria per il disposto dell'articolo in esame. Il legislatore dice che il fallito deve essere citato; e non si può quindi intendere altro che debba essere avvisato mediante la ordinaria via di citazione; sul che è a lodarsi la maggior precisione del legislatore commerciale francese; il quale scrisse appunto " dûment appelé „ non lasciando dubbio sul genere d'avviso, da cui il fallito doveva attingere la notizia della propria chiamata alla rimozione dei sigilli ed alla compilazione dell'inventario. Citato per la ordinaria via il fallito, il curatore, alla cui diligenza è commesso l'adempimento di questa bisogna, ha perfettamente fatto luogo alla ingiunzione della legge: quindi, se nel tempo indicato nell'atto di citazione o al momento fissato per procedere alla rimozione dei sigilli, il fallito con compare, non per ciò si dovrà procrastinare quella operazione: ad essa si addiverrà in contumacia, diremo così, del fallito, la di cui assenza potrà interpretarsi come un riconoscimento della inutilità della sua presenza a quella operazione, o come una manifestazione della di lui fiducia nella onestà del curatore. Dunque, la partecipazione al fallito, mediante citazione, della fissata epoca di levata dei sigilli, basta per la legittima e rego-

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 795.

lare applicazione dell'articolo 740. Certo il fallito citato, in qualunque momento della operazione compaia, comparirà sempre in pieno esercizio del diritto che gli assicura l'articolo 740: perchè questo è per il fallito un diritto al tempo stesso in cui è un obbligo il citarlo per il curatore; nè vi si oppone il particolare disposto dell'art. 905.

Allora, considerata in questo modo la disposizione dell'articolo in esame, troviamo la calzante risposta alla seconda questione. Il legislatore dice che il fallito dev'essere *presente* o citato; quindi qualunque sia la causa per cui il fallito è *presente* all'atto della rimozione dei sigilli o dell'inventariazione, tale presenza sarà inappuntabile. Dato tale carattere alla disposizione del legislatore, ne deriviamo tosto la conseguenza; che sanatoria della mancata citazione è la presenza, comunque provocata, o verificatasi, del fallito: in questo senso che quando egli abbia presenziato alle operazioni delle quali si tratta, non potrà più opporre la invalidità giuridica di tale presenza, per la non fatta citazione. Ciò è poi tanto più naturale perchè è consono al principio a cui si informa la procedura civile riguardo alle citazioni.

Ma da qui appare un'altra conseguenza; cioè: che la non presenza del fallito, il quale non fu citato e non comparve, toglie che si possa procedere alle operazioni dell'art. 740 (1); è la stessa legge commerciale che dà non dubbie prescrizioni in proposito, perchè l'art. 905 del vigente Codice di commercio dispone che: " quando la legge prescrive che sia sentito il fallito..... non si può provvedere in sua assenza, se non consti che egli sia stato debitamente citato a giorno ed ora fissata, o se la mancanza di lui non sia accertata mediante processo verbale „; e non vi è dubbio che la legge colla parola " sentito „ intese significare una condizione di cose in cui si richieda la presenza del fallito.

La necessità della citazione ha un carattere talmente assoluto, che quando il fallito sia latitante, alcuni autori dubitano che sia obbligo del curatore, non ostante la precisa disposizione di legge che ciò non ammette, di provocare dalla competente autorità un salvocondotto pel fallito (2). Nè l'ignoranza del luogo dove il fallito siasi rifugiato esime il curatore dall'obbligo di citarlo; se la citazione non può, per causa dell'ignoto luogo di permanenza del fallito, essergli fatta personalmente, si sarà adempito alle prescrizioni dell'art. 740 uniformandosi a quanto prescrive il Codice di procedura civile riguardo alle citazioni fatte al domicilio della persona citata (3).

Una questione ben più importante è dibattuta nella dottrina per quello che ha tratto colla possibilità che il fallito, debitamente citato, si faccia rappresentare da un mandatario autorizzato da lui a norma di legge. Il Boulay-Paty (4), che ha trattata la questione più profondamente, cade in una curiosa contraddizione; la quale dal Calamandrei (5), che ne riferisce l'opinione, non fu avvertita. Il Boulay-Paty al § 319 scrive: " Du rest, soit qu'il ait ou non obtenu un sauf-conduit, nous n'hésitons pas à lui reconnaître le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoirs, en justifiant d'une cause d'empêchement suffisante..... „. Poi al § 321 lo stesso autore, tornando sul medesimo argomento, scrive: " Le failli peut-il

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 257, n. 294.

(2) BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, n. 319, p. 307; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, n. 337, p. 375.

Si deve però avvertire che in simile caso la concessione del salvocondotto al fallito latitante perchè presenzi alla levata dei sigilli, tramuta per lui il diritto d'assistervi in un obbligo imprescindibile e rende applicabili per questo al fallito le pene che il Codice di commercio comminagli contro nei casi in cui, essendo astretto a comparire innanti l'autorità o l'amministrazione del fallimento, invece non comparisca.

(3) BOULAY-PATY, *ibidem*.

(4) *Ibidem*.

(5) Op. cit., vol. I, pag. 257-258, n. 294.

se faire représenter par un fondé de pouvoirs? Il serait contraire à tous les principes d'attribuer force et effet à un mandat conféré précisément en vue d'échapper à la sévérité de la loi, et de rendre illusoires les mandements de la justice; la raison s'y oppose: les mêmes considérations qui ont fait déclarer que le failli ne peut, lorsqu'il s'agit de clore et d'arrêter ses livres, se dispenser de comparaître en personne, qu'en justifiant de causes reconnues valables par le juge-commissaire, viennent se produire ici. Évidemment, il serait dérisoire, d'admettre que le failli pût appeler sur lui l'indulgence, en presentant son refus de comparaître comme une cause d'escuse légitime „. La contraddizione è in questo: che al § 319 il Boulay-Paty pone, quasi come di regola, che il fallito citato a comparire possa farsi rappresentare da un mandatario debitamente autorizzato; mentre al § 321 non ammette più che come una eccezione rarissima, la rappresentazione per mandatario e quando solo la sua non comparsa sia giustificata " de causes reconnues valables par le juge-commissaire „; sicchè la cifra diversa dei due paragrafi sembra aver potentemente influito sulla convinzione dell'illustre commercialista: tuttavia la opinione sua rimane diretta ad ammettere nel fallito la facoltà di potersi far rappresentare per mezzo di mandatario. Il Bédarride (1) è più esplicito e non parla della giustificazione a cui il fallito è obbligato, secondo il Boulay-Paty, quando voglia comparire per mandatario: sembra, però, ammettere la rappresentazione per mandatario nel solo caso in cui, al fallito latitante, non sia stato concesso il salvocondotto. Il Calamandrei svisa completamente il concetto del Boulay-Paty quando gli attribuisce una opinione negativa riguardo alla facoltà che può avere il fallito di comparire per mezzo di mandatario; quale sia l'opinione del Boulay-Paty abbiamo veduto. Il commercialista italiano partendo dalla considerazione che l'assistere alla rimozione dei sigilli ed alla compilazione dell'inventario è un diritto e non una facoltà del fallito, viene alla conclusione che questo diritto non gli può in verun modo venir limitato; quindi " anche senza autorizzazione del giudice delegato, il fallito può comparire alla formazione dell'inventario per mezzo di mandatario „. Accettiamo la opinione del Calamandrei: ed aggiungiamo che il legislatore non ha resa assolutamente obbligatoria la personale comparizione del fallito che nel solo caso dell'articolo 747; è allora che, il fallito trovandosi in istato d'arresto o non avendo ottenuto il salvocondotto, può il giudice delegato autorizzarlo a comparire mediante mandatario; e le disposizioni penali che mettono il fallito non comparso nella condizione di bancarottiere, sono applicabili al solo caso in cui la camparizione fosse obbligatoria e l'autorizzazione del giudice delegato fosse richiesta.

Viene da ultimo, secondo la trattazione più consueta, la questione del diritto che possono avere gli opponenti alla rimozione dei sigilli, di presenziare la compilazione dell'inventario. Ed è una sola voce quella degli autori nell'affermare che gli opponenti devono essere citati a presenziare la rimozione dei sigilli e la compilazione dell'inventario (2). Però è necessario distinguere tra la qualità che possono avere gli opponenti; solo essendo ammessi ad assistere le due operazioni, i creditori che abbiano fatta opposizione, non come tali, ma in base ad uno speciale titolo individuale, il quale poi servirà loro per agire in rivendicazione d'oggetti a torto compresi nell'attivo del fallimento. Qui si può ripetere quel formolario

(1) Op. cit., passo citato.

(2) BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 308, § 322; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 376, n. 337; PAGANI " Il fallimento „ (*Dig. Ital.*, disp.ª 88, pag. 101-102, n. 55); CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 258, § 296.

di domande esposto riguardo alla citazione ed alla spontanea presenza del fallito: però la questione è alquanto più intricata. Se un creditore, a titolo particolare, dopo avere fatta opposizione alla rimozione dei sigilli, per quanto munito di titolo non di solo credito di fallimento, ma di interesse singolare, individuale, non fu citato come lo prescrive il Codice di procedura civile, articolo 868, n. 4, non si potrà passare alla rimozione dei sigilli; ma qualora il non citato opponente comparisse ugualmente, non v'ha dubbio che l'impedimento sarebbe tolto e le operazioni sarebbero validamente intraprese e compite. Nè poi varrebbe al non citato opponente l'impugnare la legittimità delle operazioni in sua presenza avvenute, colla scusa della sua mancata citazione; perchè il difetto di citazione (1) viene a cessare e con esso la nullità degli atti che susseguono colla comparizione volontaria di quello che doveva essere citato.

Il Calamandrei (2) addita una soluzione, certamente singolare, della questione circa l'obbligo di citare o meno gli opponenti creditori: sulla disposizione dell'art. 741, che esenta dalle formalità ordinarie di procedura la compilazione dell'inventario, il citato commercialista riterrebbe non obbligatoria la citazione degli opponenti, essendo appunto tale citazione una forma della ordinaria procedura del fallimento; ma invece, considerando le cause per cui il legislatore s'indusse a sopprimere quella ordinaria formalità, si deve concludere che le formalità escluse sono quelle che importano inutili spese " senza arrecare un sensibile vantaggio „ (3); sicchè non può esservi compresa la formalità in discorso, la quale, per la disposizione dell'art. 872, n. 13, del Codice di procedura civile, servirà poi ad incoare una azione per la rivendicazione degli oggetti indebitamente sottoposti a sigillo.

L'Alauzet (4) ed il Calamandrei (5) che lo cita, propongono il caso della presenza di qualunque creditore alla compilazione dell'inventario; e rispondono affermativamente, purchè il creditore stesso paghi le spese.

187. *La procedura dell'inventariazione per il diritto commerciale.* — La disposizione dell'art. 741 che esime *dalle ordinarie formalità di procedura* l'inventario, come va interpretata? Quale è l'estensione del privilegio accordato?

Le cause, per le quali il legislatore ebbe ad introdurre nella vigente legge commerciale la disposizione dell'art 741, contraria affatto al criterio seguito nel capoverso dell'art. 587 (6) dal legislatore del 1865, si è visto che traevano nascimento dalla necessità, riconosciuta e constatata dalla lunga pratica, di semplificare la procedura e particolarmente di ridurre le spese per non gravare d'inutili dispendi la massa patrimoniale del fallimento. Allora, se noi seguiamo nelle loro conseguenze tali criteri di parsimonia, dobbiamo tosto averne la illazione, che sono abbandonate per l'inventario della sostanza di un fallimento tutte le formalità procedurali che importano una spesa. Sicchè il substrato della special procedura sancita dall'art. 741 è pur sempre formato dalla ordinaria procedura fissata per gli inventari, mentre le regole da seguirsi sono date dallo stesso articolo 741. Nè vi sono soltanto le norme tassativamente

(1) Una massima di giurisprudenza a questo proposito è data dalla Cassazione di Roma in data 29 marzo 1886: " Invano si lamenta il difetto di citazione, se i citati comparvero e non eccepirono dinanzi al giudice di merito questo difetto „. *Legge*, 1886, II, 459.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 258, § 296.

(3) *Ibidem*.

(4) *Comm. Cod. di comm.*, vol. IV, pag. 129, n. 1740.

(5) Non abbiamo dell'Alauzet una edizione che contenga il numero 2588 citato dal Calamandrei.

(6) Che dice: " Sono applicabili a tale inventario le forme stabilite dal Codice di procedura civile, salvo ciò che è disposto dall'articolo seguente „ (art. 568).

enumerate in questo articolo che costituiscono il rito della inventariazione. Lo stesso articolo fissa pure una procedura eventuale, che può essere prescritta dal tribunale ogni volta che speciali circostanze del fallimento lo richiedano.

Sussistendo così, per la compilazione dell'inventario del fallimento, questo doppio ordine di regole procedurali e seguendo il criterio di allontanare tutte quelle regole di procedura la cui osservanza importasse una spesa, è facile a chiunque redigere una specie di sezione di procedura adatta alla inventariazione del fallimento.

Proseguendo nell'esame dell'articolo 741 vediamo che il legislatore ha escluso il cancelliere dalla assistenza all'inventariazione. Invece del cancelliere il legislatore prescrive l'assistenza della delegazione dei creditori, o, in caso che questa non sia ancora costituita, di uno o più creditori o di un notaro o d'altra persona idonea (1): il tribunale designa le persone che devono sostituire la delegazione dei creditori e in caso d'urgenza la designazione è fatta dal giudice delegato. La delegazione dei creditori, e quelle persone che, in sua mancanza, possono essere chiamate a rappresentarla, furono dal legislatore commerciale introdotte nella procedura della compilazione dell'inventario allo scopo di sorvegliare l'operazione e di vigilare e difendere, al caso, gli interessi della massa (2).

Il curatore compila l'inventario; ed a lui è data facoltà di farsi coadiuvare, per la formazione dell'inventario e per la stima degli oggetti che non hanno un valore dichiarato, da persona *idonea* nominata dal giudice delegato.

L'art. 588 del cessato Codice di commercio, ripetendo l'art. 480 del Codice di commercio francese, lasciava ai sindaci libertà di scegliersi quella persona, per farsi coadiuvare nella compilazione dell'inventario e per la stima, che loro sembrasse conveniente. Non troviamo nei motivi del l' attuale Codice di commercio nessuna indicazione intorno alle cause che persuasero al legislatore di sostituire la scelta del giudice delegato alla scelta dei sindaci. Ma la variazione di che si discorre è tanto più notevole in quanto che prescrive la scelta di una persona *idonea;* e questa qualificazione merita, a parer nostro, che si spendano alcune parole per analizzarla.

La qualifica di persona *idonea* si presenta in questo art. 741 due volte; e l'una a poche parole dall'altra. Dev'essere una persona *idonea*, quella che il tribunale, o il giudice delegato in caso d'urgenza, mandano ad assistere alla compilazione dell'inventario in mancanza della delegazione dei creditori, di uno o più creditori o di un notaro: ed è persona *idonea* quella che può, nominata dal giudice delegato, coadiuvare il curatore nell'inventariazione. La identità della persona e dell'autorità che ha diritto di fare ambedue le nomine; la ripetizione della qualifica, dànno adito a supporre che la qualità che deve rendere idonea la persona scelta nell'uno e nell'altro caso sia identica? Quale è il carattere che tale idoneità deve avere per l'assistenza alla compilazione? quale quello per la coadiuvazione? Una questione che si suscita su d'una parola può essere ritenuta oziosa, superflua e vuota; ma sono le parole quelle che servono a significare i fatti e le qualità loro; e quindi non può essere superflua la questione qui sollevata, come

(1) Troviamo negli *Atti della Commissione* 1869 per gli studi preparatori del Codice vigente, che la Camera di commercio di Foligno proponeva che: " in mancanza della delegazione dei creditori, l'inventario debba essere compilato da un notaro od altra idonea persona, delegati dal tribunale, coll'assistenza di due creditori almeno, e perciò propone di sostituire alla disgiuntiva " *o* „ che precede le parole " *di un notaro* „ la congiuntiva " *e* „ per esprimere che a quell'atto importante non basta l'intervento di due sole persone „.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 377, § 4561.

quella che mira a cogliere la mente del legislatore " Minerva oscura „ all'atto della concezione dell'idea diversa che si cela sotto la stessa parola. Non v'ha dubbio che un divario profondo scinde la qualifica di *idonea* data alla persona che si sdoppia nell'art. 741.

La *idoneità* che si richiede nella persona che deve solamente assistere alla compilazione dell'inventario in rappresentanza dei creditori sarebbe stata definita più precisamente dal legislatore per *capacità;* è, diffatti, la capacità giuridica, il godimento, cioè, pieno ed illimitato dei diritti, ciò che rende idonea una persona a partecipare validamente agli atti giuridici, e il legislatore quando parla di idoneità intende anzitutto alludere alla capacità giuridica dell'individuo di cui tratta. Nel caso della rappresentanza dei creditori la capacità giuridica della persona trova, si può dire, una particolare estrinsecazione nella idoneità di poter essere mandatario, idoneità che si richiede nel rappresentante stesso; e tale idoneità verrebbe meno senza dubbio qualora la persona scelta, fosse legata col fallito o col curatore da vincoli di parentela o di interessi, sicchè fosse possibile il dubbio o probabile l'evento di una colpevole connivenza del mandatario dei creditori colle persone che egli avrebbe obbligo d'invigilare: ecco, però, quale dev'essersi presentata alla mente del legislatore la idoneità della persona descritta al primo comma dell'art. 741. Invece la idoneità del coadiutore assegnato dal giudice delegato al curatore per la compilazione dell'inventario, è più estesa e, in certo modo, più specifica di quella che abbiamo considerata. È composta di due forme; una, la prima, quella che ogni persona deveavere per godere la pienezza de' suoi diritti; l'altra, la seconda, indispensabile per l'ufficio a cui deve adempiere il coadiutore del curatore, diventa una qualità, non giuridica, ma intellettiva, tecnica; diventa, insomma, l'abilità e la capacità professionale di chi fa professione di peritare o stimare merci od altre cose che sieno in commercio. Dunque è un perito di stime (1), la persona *idonea* che si richiede nel secondo capoverso dell'art. 741; ed è ciò naturale e consono alla serietà dell'inventariazione e dello scopo di questa; perchè nessuno meglio di un perito può, accordando alle cose di cui dee far stima il loro vero valore mercantile, assicurare il fallito come la massa dei creditori che l'inventario del patrimonio di fallimento riprodurrà realmente l'effettiva condizione economica di questo.

Tuttavia la ambigua redazione del secondo capoverso dell'art. 741 fa nascere un dubbio circa il numero delle persone che il curatore può richiedere come coadiutori e sul momento in cui tale coadiuzione potrà essere richiesta. La legge dice: " il curatore può farsi coadiuvare *per la formazione dell'inventario e per la stima...* „; si domanda allora: la coadiuvazione sarà fatta per la formazione dell'inventario e per la stima da una sola persona; oppure si attribuiranno le due funzioni a due diverse persone? Ciò diciamo, tentando d'interpretare la legge come è scritta, e di ricostrurre il pensiero del legislatore nella elaborazione che la legge stessa ebbe a subirne. Nessuno può credere che alla materiale redazione dell'inventario occorra una così particolare abilità, da rendere *specialista* colui che può esservi chiamato; e la coadiuzione che il curatore può richiedere, esclusa la stima degli oggetti, altro non è che un aiuto manuale alla iscrizione delle cose man mano che vengono sottratte ai sigilli e verificate e stimate ed elencate nell'inventario; quindi abilità particolare, oltre la capacità giuridica, della cui necessità

(1) Notisi che l'articolo 870 del Codice di procedura civile prescrive tassativamente l'uso dei periti per le stime degli oggetti da iscriversi nell'inventario.

potrebbe qui per vero dubitarsi, non se ne chiede una maggiore di quella necessaria per essere elettore a norma dell'articolo 100 della legge elettorale politica 1882! Invece abbiamo veduta quale sia la capacità che si richiede in chi deve fare la stima degli oggetti da inventariarsi. Quindi questa differente capacità fa nascere il dubbio che due, almeno, sieno le persone che il curatore può richiedere come coadiutori. Ma qui ritorna il criterio d'economia di spese che informa tutta la procedura dell'inventario; ed allora si dilegua il dubbio sulla pluralità delle persone accordate al curatore per valersene nella formazione dell'inventario e nella stima; senza però che rimanga esclusa la possibilità di un numero anche superiore alle due, nel caso che la entità particolare del fallimento richieda una maggior attività di lavoro anche per la inventariazione.

L'inventario deve essere compilato in due esemplari; dei quali l'uno dev'essere depositato, entro ventiquattro ore dalla chiusura definitiva dell' inventariazione, nella cancelleria del tribunale. L' altro esemplare la legge non dice a chi debba essere consegnato: ma gli autori (1) sono d'accordo nel concludere, pur lamentando la lacuna lasciata su ciò dal legislatore, che l'altro esemplare è ritenuto dal curatore per suo servizio; così precisamente dispongono l'art. 588 dell'abolito Codice e l'art. 480 del vigente Codice francese.

L'art. 741 dice poi che l'inventario deve essere fatto *in doppio originale:* sembra da ciò che non sia permesso al curatore di servirsi e tenere per sè la minuta dell'inventario; quella cioè che vien fatta man mano che procede la descrizione degli oggetti dai quali si rimovono i sigilli. Il vocabolo " originale „ usato dal legislatore può far nascere il sospetto che debbano essere fatte, appunto, due identiche copie della primitiva minuta; sicchè veramente sarebbero tre, e non due, gli esemplari dell'inventario. Codesta questione è però di troppo lieve importanza, perchè si debbano perdere intorno ad essa altre parole. Possa o non possa il curatore servirsi della prima minuta, è certo che la copia tratta da quella per depositarla alla cancelleria del tribunale, deve essere collazionata perfettamente sulla prima minuta; e le copie tutte di questo documento comprovante l'avvenuto inventario, per avere valore giuridico e probatorio, devono essere sottoscritte da tutti gli intervenuti; i quali saranno il fallito, citato e comparso, il curatore, i membri della delegazione dei creditori, o per essa il suo presidente, o quella persona delegata dal tribunale per rappresentare i creditori; gli intervenuti come opponenti alla rimozione dei sigilli; le persone chiamate a coadiuvare il curatore; e tutte le altre persone, che per le speciali condizioni e circostanze del fallimento, possono essere state mandate dal tribunale.

Per la materiale redazione dell'inventario si osservano le prescrizioni dell'art. 872 Codice di procedura civile in quelle parti che sono applicabili, coordinate colle modificazioni imposte dall'art. 741 del vigente Codice commerciale.

188. *Obblighi e facoltà del curatore che procede all'inventariazione.* — Oltre agli obblighi che incombono al curatore nella sua qualità di instante per la rimozione dei sigilli e per la formazione dell'inventario (Cod. proc. civ., art. 866 e 872), altri obblighi vengongli fatti dall'art. 741 e dal 742: i quali ricadono su di lui perchè

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 379, § 4562; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 260, n. 298; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 471-472; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 130, § 1741; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 309, n. 326; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 378, n. 340; BOISTEL, *Droit commercial*, pag. 559, § 973: PAGANI, op. cit., pag. 102, n. 55.

subentra nelle funzioni dell'uffiziale che, secondo il dettato dell'ordinaria procedura, operava la rimozione dei sigilli e la compilazione dell'inventario. Quindi il curatore deve compilare l'inventario e rimovere i sigilli; egli è responsabile della esattezza dell'operazione e risponde di tutte le negligenze imputabili a lui anche per colpa lieve. Non può rifiutare alle persone, che abbianvi diritti per qualsiasi ragione, di presenziare alla inventariazione e deve poi aver cura che tutti quelli che vi intervennero appongano la loro firma alla chiusura definitiva o ad ogni chiusura parziale: deve sottostare a tutte quelle speciali norme che il tribunale può imporgli di osservare; e, terminato l'inventario, sopra ciascun originale di esso, deve costituirsi depositario giudiziale delle merci, del danaro, dei titoli di credito, dei libri, delle carte e dei mobili ed altri oggetti del fallito, che riceve in consegna (Cod. di comm., art. 742; Codice proc. civ., art. 873).

Come facoltà di cui può valersi il curatore nella formazione dell'inventario, la sola che gli accorda il legislatore è quella di potersi fare aiutare da persona idonea, nominata dal giudice delegato, per la formazione dell'inventario e per la stima. Ed è questa una facoltà l'esercizio della quale, per quanto sia perfettamente libero nel curatore, tuttavia è pur sempre sottoposto al dominante criterio in forza di cui, tutte le spese che possono essere risparmiate alla massa del fallimento, devono essere sbandite dalla procedura dell'inventario. Quindi il curatore dovrà anzitutto contare sulla sua sola attività anche per le operazioni dell'art. 741, e non aggiungersi aiuto di altre persone per risparmiare a se stesso una fatica che è nell'ordine normale delle operazioni d'inventariazione. Certo è che l'esagerazione, nel senso contrario al dispendio, non deve escludere per il curatore l'esercizio della facoltà concessagli dall'art. 741, alinea terzo; perchè, oltre il risparmio di spesa deve essere calcolato anche il risparmio di tempo, tante volte, e particolarmente per i fallimenti di rimarchevole entità, più valutabile che non una spesa relativamente tenue. Ad ogni modo è il curatore quello che può esser giudice della necessità di un aiuto nella compilazione dell'inventario; e quando egli lo chieda, il giudice delegato che deve nominare la persona idonea, non può nè deve rifiutarvisi, nessuna responsabilità ricadendo su di lui per le negligenze che si possono verificare nella formazione dell'inventario.

189. *Ingerenza del tribunale.* — Quando non sia per anco costituita la delegazione dei creditori, — il cui intervento ed assistenza alla compilazione dell'inventario avvengono di pieno diritto perchè la legge stessa ve la chiama e perchè è anche un obbligo al quale la delegazione non può sottrarsi, essendo prescritto dall'art. 741, che debba presenziare la compilazione dell'inventario qualche altra persona, — oltre il curatore che ne è il materiale esecutore ed il fallito, il tribunale designa o nomina a quest'assistenza, uno o più creditori o un notaro od una persona qualsiasi purchè idonea. Se tale provvedimento non può essere preso dal tribunale, o vi sia estrema urgenza che la designazione venga fatta, allora, seguendo il principio stabilito nell' articolo 727, capoverso, è il giudice delegato cui è fatto obbligo di designare l'assistente. Si comprende di leggieri che la presenza di altre persone oltre il curatore e il fallito e gli opponenti, fu suggerita dalla necessità di un efficace controllo all'operazione dell'inventario per la esattezza che in questo deve aversi. Il provvedimento con cui il tribunale passa alla nomina del rappresentante la delegazione dei creditori (913), o con cui vi provvede il giudice delegato (910), non è impugnabile; quindi le opposizioni che la nomina può sollevare non potranno raggiungere lo scopo che si prefissero gli opponenti.

Altra facoltà concessa al tribunale, — ed è

questa assai più una facoltà che un obbligo, mentre la designazione della persona che deve rappresentare la delegazione dei creditori nella compilazione dell'inventario è più obbligo che facoltà, — è quella di poter prescrivere particolari norme e cautele per la compilazione dell'inventario, instaurando per tal guisa una speciale procedura. All'esercizio di questa facoltà il legislatore non ha imposto altre condizioni all'infuori di quella, molto elastica per vero, ch'egli espresse colle parole " quando speciali circostanze lo richiedano „; facendo quest'aggiunta all'art. 588 del Codice di commercio cessato, si diceva: " è d'uopo prevedere, che, nella varietà dei casi possibili, le circostanze speciali del fallimento possono richiedere provvedimenti eccezionali ed autorizzare il tribunale a prescrivere in quei casi particolari norme e cautele per la compilazione dell'inventario „ (1).

Gli è quindi ad evitare una diffettosa compilazione dell'inventario, possa dipendere questa, oppur no, dal dolo di chi vi addiviene, che il tribunale deve servirsi della facoltà concessagli; ma per tale esercizio devesi ritener fermo il principio che neppure il tribunale può prescrivere una procedura dispendiosa, perchè scopo precipuo del legislatore è quello di risparmiare inutili o soverchie spese ai creditori.

Le norme e cautele che il tribunale ha facoltà di prescrivere, evidentemente non servono che per quel solo fallimento, dalle cui circostanze argomentando, parve al tribunale opportuno dettarle: e il curatore che procede alla formazione dell'inventario deve strettamente attenervisi.

190. *Il curatore è il depositario giudiziale dei beni del fallito elencati nell'inventario.* — Una volta compiuto l'inventario ed adempiute tutte le formalità che la legge prescrive comincia la vera amministrazione del fallimento. Primo atto di questa amministrazione è il costituirsi, da parte del curatore, quale giudiziale depositario degli oggetti ricevuti ed elencati nell'inventario. La legge inglese sul fallimento (1884), come abbiamo mostrato altrove, stabiliva che il curatore appena eletto divenisse depositario di tutti i beni del fallito, che egli da quel momento sostituiva nella amministrazione. Un sistema non molto diverso è seguito dalla ordinanza germanica sui fallimenti (1877); la quale prescrive che subito dopo la dichiarazione del fallimento, il curatore è tenuto a mettersi in possesso di tutti i beni che fanno parte della massa, di prenderne l'amministrazione o di realizzarli. La legge austriaca (1869) sui fallimenti ed il Codice di commercio dei Paesi Bassi, non parlano mai della qualità di depositario giudiziale che il curatore deve assumere di fronte alla massa patrimoniale del fallimento. Il Codice di commercio francese all'art. 484 stabilisce che una volta terminato l'inventario, le merci, il danaro, i titoli attivi, i libri, le carte, i mobili, e gli effetti del debitore siano consegnati ai sindaci che si firmano poi in calce all'inventario; ed eguali disposizioni dà l'art. 592 del cessato Codice di commercio italiano.

La ragione per cui la legge commerciale vigente vuole che il curatore si costituisca depositario giudiziale di tutti gli oggetti inventariati è quella di " prevenire le questioni che nei rapporti di diritto civile e penale potrebbero, senza tale dichiarazione, elevarsi intorno all'indole del deposito „ (2); e si potrebbe anche aggiungere che il legislatore ha voluto questo per la maggior garanzia che trova nella responsabilità piena che in simil guisa viene a gravare sul curatore; che essendo solo ad amministrare la massa patrimoniale, sib-

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 796.

(2) Cfr. VIDARI: *Il nuovo Cod. di comm.*, art. 742 CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 261, § 350.

bene sorvegliato e controllato dal giudice delegato e dalla delegazione dei curatori, è più *capace* di dimenticarsi i doveri di onestà e diligenza che la sua posizione gli addossa: la garanzia che oggi il legislatore ha voluto rendere più attuosa coll'imporre al curatore la veste di depositario giudiziale, si trovava, per la cessata legge, nella pluralità degli amministratori, pluralità che istituiva una valida sorveglianza reciproca su tutti gli atti d'ogni singolo amministratore.

Come depositario giudiziale il curatore è sottoposto a tutte le prescrizioni che il Cod. civile stabilisce al lib. III, tit. XVIII, sez. III " del sequestro o deposito giudiziale „ in quanto sieno applicabili al caso contemplato dall'articolo 742 del Codice di commercio. Deve, quindi, usare per la conservazione delle cose di cui è sequestratario la diligenza di un buon padre di famiglia (Cod. civ., art. 1876) e la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie (Cod. civ., articolo 1843); è quindi responsabile di ciò che può derivare di danno anche dalla più lieve negligenza essendo egli retribuito (Cod. civ., articolo 1844, 2°); ed in tesi generale è tenuto ad osservare, come depositario, tutte le prescrizioni, come si è già detto, enunciate dal Codice civile riguardo ai sequestratari convenzionali e giudiziali.

Ma il sequestro o deposito giudiziale a mani del curatore non si estende a tutto intero il patrimonio del fallito; gli sono consegnati tutti gli oggetti di cui il patrimonio si compone, ma non il danaro: per questo il legislatore ha stabilito che il curatore debba farne deposito giudiziale. Chi fa il deposito giudiziale del danaro è il curatore; al quale incombe lo stesso obbligo per le somme provenienti dalle vendite e dalle riscossioni, come è prescritto dall'articolo 753 Codice commerciale vigente. Trattandosi di una prescrizione identica, anche al deposito giudiziale imposto dall'art. 742 sarà applicabile la disposizione dell'art. 753 la quale impone al curatore l'obbligo di presentare, entro tre giorni dalla esazione, al giudice delegato la prova degli eseguiti depositi; la prova del deposito sarà poi la quietanza del danaro ricevuto o dal cancelliere del tribunale di commercio o dal cassiere della *Cassa depositi e prestiti* ove il danaro fu depositato. La esazione di cui parla l'art. 753, corrisponde esattamente, come apparirà ad ognuno, alla consegna del danaro fatta al curatore dal giudice delegato a norma dell'art. 742; quindi da ciò scaturisce la perfetta applicabilità dell'articolo 753 a questo caso.

Abbiamo detto che la quietanza del fatto deposito si rilascia dal cancelliere del tribunale di commercio (civile oggi) o dal cassiere della Cassa depositi e prestiti. La ragione dell'intervento di queste persone è data dalle disposizioni della legge 17 maggio 1863 (1) sulle Casse depositi e prestiti e dalla legge e regolamento sul servizio delle Casse postali di risparmio (2). Giova però osservare che al caso dell'art. 742 riguardante il deposito giudiziale del danaro, provvede anche l'articolo 878 del Codice di commercio vigente; il quale prescrive che in materia commerciale, il deposito giudiziale di somme di danaro può farsi se le parti interessate vi consentano, presso qualunque istituto di credito ed anche presso un privato banchiere. Nel caso del deposito giudiziale dell'articolo 742 le parti in-

(1) Art. 10: " Gli stabilimenti pubblici o coloro che per ragione d'uffizio hanno ricevuto e riceveranno depositi obbligatori o volontari, dovranno, entro il termine di un mese, fare il versamento del danaro o la consegna dei titoli alle Casse depositi e prestiti. Trascorso questo termine, saranno responsabili non solo degli interessi che dopo il trentesimo giorno le Casse avrebbero pagati, ma pur anche di ogni evento a cui potesse andare soggetto il capitale, e ciò indipendentemente dalle pene che avessero incorse „.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 261 n. 301.

teressate, di cui è necessario il consenso, sono il fallito ed i creditori; perchè la maggior sicurezza del deposito o il più alto interesse del danaro pagato da un istituto di credito meglio che da un altro, si comprende come sieno gli elementi in vista dei quali il legislatore ha sancito la disposizione dell'art. 878; e questi elementi sono appunto apprezzabili soltanto dal fallito e dai creditori, come quelli cui giova il percepire un interesse più cospicuo sul danaro depositato (1). Basta avvertire che la disposizione del riferito (in nota) art. 10 della legge sui depositi e prestiti, riguardante il deposito obbligatorio dei titoli di credito, non è applicabile al caso dell'articolo 742, il quale esclude tassativamente tali titoli dall'obbligo del deposito giudiziale cui soggiace il danaro.

Si potrebbe rilevare una contraddizione tra quello che è disposto nell'art. 742, primo alinea, riguardo ai libri del fallito, e quello che dispone l'articolo 737. Regola generale è, come si vide nei numeri precedenti, che anche i libri debbono, come tutti gli altri oggetti del fallito, essere sottoposti a sigillo; quando, su domanda del curatore, essi non sianvi stati sottoposti, il curatore che li ebbe in consegna, deve depositarli *immediatamente* alla cancelleria del tribunale, dove devono restare inamovibili fino alla chiusura del fallimento. Ora questo principio generale, ed in apparenza tanto rigido ed assoluto, è colpito da un'eccezione inserita nel contesto dello stesso articolo 737, che formula il principio generale, riguardo all'impugnativa di falso; e quest'eccezione vedremo come sia completata per la procedura dalla disposizione dell'art. 742, ultimo comma. Ma oltre quest'eccezione, ne riscontriamo un'altra: quella stabilita dalla facoltà, accordata al giudice delegato, di autorizzare il curatore a trattenere i libri del fallito o a farseli consegnare poichè furono deposti alla cancelleria, per quel tempo che egli, il giudice delegato, concederà. Però queste due eccezioni, per quanto diminuiscano la rigidità del principio generale della inamovibilità dei libri, una volta depositati nella cancelleria del tribunale di commercio, non abrogano il principio stesso. Invece l'articolo 742 dice che il curatore deve costituirsi depositario giudiziale, fra l'altro, anche dei *libri* che riceve in consegna. Questa consegna gli vien fatta dopo che da tutto il patrimonio del fallito furono rimossi i sigilli; dunque entriamo in un ordine di fatti, in una nuova fase della procedura di fallimento, che non ha alcun contatto con la fase precedente, quella che si svolgeva per la apposizione dei sigilli; colla rimozione dei sigilli e la formazione dello inventario si inaugura la vera e definitiva amministrazione del fallimento, dove le misure di sicurezza che erano prima indispensabili vengono a perdere molto della loro importanza per la presenza costante dello amministratore, e molte pure di quelle misure conservative prescritte allora non hanno più ragione d'essere, perchè sarebbero d'incaglio alla amministrazione stessa. Ora l'articolo 742, quando parla di deposito giudiziale e di consegna dei libri del fallito a mani del curatore, non ha forse ucciso il principio dell'articolo 737, secondo cui i libri del fallito devono rimanere inamovi-

(1) Il VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 380, § 4564, in luogo del fallito vuole che la parte interessata sia il curatore; il che a noi non sembra; perchè l'obbligo del curatore è generico, quello cioè di fare il deposito; mentre la specie del deposito, per l'art. 878, dipende da chi il deposito non può eseguire.

È notevole l'opinione che espresse su ciò il Calamandrei (*passo ultimo citato*): egli crede che " non potendo il curatore sentire tutte le parti interessate, è a credere che egli potrà approfittare di tale disposizione (art. 878) domandandone la autorizzazione al giudice delegato „. Gli opponiamo che le parti interessate solamente essendo creditori e fallito, il curatore può tenersi sempre in relazione con essi; col fallito personalmente, e coi creditori mediante la delegazione di sorveglianza, quando essa esiste.

bili nella cancelleria fino alla chiusura del fallimento? Come accordare due disposizioni che hanno tanto contrasto fra di loro ed anche nei principii che stabiliscono? Quale delle due disposizioni deve prevalere? Seguendo un criterio antico larvato nell'aforisma, che le disposizioni successive modificano le precedenti, non vi ha dubbio che debba prevalere il principio dell'art. 742 e quindi il deposito nella cancelleria fino alla chiusura del fallimento, finisce invece colla applicazione dell'articolo 742. Ad ogni modo la questione noi l'abbiamo posta e quella qualsiasi soluzione che nella pratica possa ottenere non farà che togliere una ambiguità che realmente esiste nella lettera della legge.

191. *L'inventario nei rapporti col Codice di procedura penale.* — In previsione che nella formazione dell'inventario, per parte del curatore o di chi altro interessato, potesse introdursi qualche alterazione o falsificazione, dolosamente perpetrata, nelle carte e nei libri del fallito, il legislatore ha stabilito, nell'ultimo capoverso dell'art. 742, che si debbano applicare le disposizioni procedurali del Codice di procedura penale agli articoli 698 e 701. Il procedimento penale di falso si attua all'infuori di qualsiasi prescrizione procedurale del Codice di procedura civile o del Codice di commercio; e l'articolo 737, capoverso, trova allora la sua applicazione, quando i libri e le carte del fallito siano effettivamente impugnati per falsificazione.

La falsificazione può essere attuata specialmente mediante rimaneggiamenti di cifre negli stati dell'attivo o del passivo per far figurare maggiore o minore la entità dei debiti del fallito o dei crediti di uno o di un altro creditore; od anche mediante variazioni apocrifiche introdotte nello stesso verbale dell'inventario. Comunque sia, le disposizioni degli articoli 698, 701 del Codice di procedura penale (1) sono applicabili però entro quel limite che la legge commerciale fissa per la prescrizione di determinate azioni od obbligazioni; ed è a questo caso, riguardo al cancelliere ed al curatore nella relativa condizione loro di depositari dei libri e delle carte del fallito e di amministratore della massa patrimoniale, specialmente applicabile l'art. 921 dello stesso Codice di commercio; sicchè conveniamo col Calamandrei (2), che " essendo il cancelliere e il curatore liberati dal rendere conto dei libri di commercio e delle carte che ricevono nella procedura di fallimento, dopo trascorsi tre anni dalla chiusura o dalla cessazione delle operazioni di essa, ne consegue che neppure il magistrato penale potrà dopo quel termine esigerne la presentazione ". Nessuno vorrà però concludere da ciò che contro colui che perpetrò la falsificazione non si possa più procedere

(1) Art. 698. Qualunque depositario pubblico o privato di scritture impugnate per falso è tenuto di presentarle al giudice istruttore per l'effetto indicato nell'art. 695 in seguito ad ordine del medesimo sotto pena, in caso di rifiuto, dell'arresto personale, sentito però il Pubblico Ministero. Quest'ordine ed il certificato di deposito che gli verrà rilasciato, gli serviranno di scarico verso tutti coloro che avessero interesse nella scrittura.

Art. 701. Allorchè fosse necessario di levare dal suo posto una scrittura autentica, se ne lascierà al depositario una copia collazionata, la quale sarà verificata sulla minuta o sull'originale dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione trovasi il depositario; e ne sarà steso processo verbale. Questa copia sarà riposta dal depositario in luogo dell'atto originale, e, se il depositario è persona pubblica, egli potrà rilasciarne altre copie facendo in esse menzione del verbale suddetto.

Tuttavia, se la scrittura facesse parte di un registro in guisa da non poterne essere nemmeno per breve tempo separata, il giudice potrà ordinare il trasporto del registro.

Ove sia stato ordinato il trasporto del registro non avranno luogo le formalità prescritte dal presente articolo.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 262, n. 302.

o cada l'azione penale dopo che fu chiuso il fallimento e trascorsero i tre anni dalla chiusura di questo; come è nostra opinione, che la prescrizione per l'azione penale si compia ugualmente quando, dal momento in cui vennero in luce le falsificazioni e il reato fu perseguibile penalmente, sia decorso il periodo richiesto per la prescrizione in materia penale, ancorchè il fallimento, laborioso e difficile, si sia protratto per un tempo più lungo di quello necessario a compire la prescrizione dell'azione penale.

—

Art. 743.

Se il fallimento è dichiarato dopo la morte del fallito (1), prima che sia compilato l'inventario della sua eredità, ovvero se dopo la dichiarazione del fallimento sopravvenga la morte del fallito prima che sia terminato l'inventario, si procede immediatamente alla compilazione di questo nelle forme suddette, presenti o citati gli eredi.

Sommario.

192. *Il beneficio d'inventario sull'eredità del fallito e l'inventario dei beni di fallimento.*
193. *La morte del fallito durante la compilazione dell'inventario.*
194. *Gli eredi del fallito sono presenti o citati all'inventario. — Eredi testamentari. — Eredi legittimi.*

192. *Il beneficio d'inventario sulla eredità del fallito e l'inventario dei beni di fallimento.* — Gli articoli 741 e 742, illustrati nei precedenti paragrafi, hanno mostrato come si proceda alla inventariazione dei beni del fallito nel caso che costui sia vivo. L'articolo 743, che prendiamo ora in esame, dovrebbe provvedere al caso in cui al tempo della compilazione dell'inventario il fallito sia morto, o muoia durante la compilazione.

Come delibazione di questo articolo diciamo subito che esso è assai imperfetto e conserva la solita ambiguità che è propria, lo dicemmo a sazietà, del vigente Codice di commercio. Si dice in quest'articolo che all'inventario devono essere presenti o citati gli eredi del fallito; nulla si dice però sugli eredi testamentari, o i legittimi, nel caso in cui il fallito muoia senza testamento; nulla del caso in cui il fallito muoia prima della dichiarazione del fallimento o dopo la dichiarazione, ma durante la compilazione dell'inventario e non si accenna neppure al caso della morte del fallito, dopo la dichiarazione del fallimento, ma prima che siasi incominciata la compilazione dell'inventario; non si fa cenno di sorta dell'eventualità della dichiarazione del fallimento dopo la morte del fallito, e dopo ancora che gli eredi hanno fatto l'inventario per loro conto ed hanno accettata l'eredità. È però da riconoscere che neppure la precedente legislazione italiana dava un preciso indi-

(1) Qui non è il caso di elevare alcuna discussione intorno alla possibilità di dichiarare il fallimento del defunto: si avverta però che la Cassazione torinese ha stabilito che " Non si può dichiarare il fallimento di un commerciante defunto se la cessazione dei pagamenti anzichè verificarsi durante la vita di lui, si verificò entro l'anno della morte come conseguenza del disguido precedente degli affari „, 22 luglio 1890.

rizzo per questi casi che abbiamo delineati: l'art. 589 è stato intieramente riprodotto nell'articolo 743, come egli stesso era una riproduzione dell'articolo 481 del Codice francese di commercio dopo le riforme del 1838. A nostro vedere è incompleta la disposizione della legge commerciale all'articolo 743; perchè lascia luogo all'erompere di questioni che, ritardando la procedura di fallimento, arrecano danno tanto alla massa dei creditori quanto agli eredi; quistioni che si sarebbero potuto evitare qualora il legislatore avesse stabilito, che sempre debba prevalere la compilazione dell'inventario dei beni di un fallito defunto, in qualsiasi momento resosi tale, colle norme del Codice di commercio, alla ordinaria compilazione dalla Procedura civile prescritta; eccettuando il caso in cui l'inventario fosse già stato compilato dagli eredi del defunto prima della dichiarazione del fallimento.

Una prima questione a cui dà vita il disposto generico dell'articolo 743 è questa: Si dovranno compilare due inventari nel caso dell'articolo 743, oppure uno solo servirà e per gli eredi e per i creditori? È mirabile l'accordo che regna tra gli Autori (1) di diritto commerciale riguardo al risolvere la proposta questione; nessuno di questi dubita che " quando un inventario c'è, deve bastare per tutti i casi „ (2). E le argomentazioni di cui tutti i citati autori appoggiano la tesi sostenuta, sono quelle che servirono a giustificare la innovazione introdotta dal legislatore nella procedura comune dell'inventario colle disposizioni dell'articolo 742: si tratta, cioè, ancora del criterio parsimonioso di economie, per risparmiare all'asse ereditario, che deve servire e agli eredi ed alla massa dei creditori, spese soverchie non atte ad altro che a diminuire l'asse stesso: e che sia unicamente tale il criterio a cui si informa l'articolo 743 è dimostrato da ciò che disse alla Camera francese il guardasigilli nel 1838, quando si modificò l'antico Codice del 1807 e si aggiunse quella disposizione dell'attuale articolo 481, che allora mancava. Inoltre si sostenne la necessità della innovazione, rammentando che l'interesse degli eredi sarebbe stato se non meglio, certo ugualmente bene tutelato, anche se l'inventario fosse stato compilato, dopo la morte del fallito, per cura dei sindaci del fallimento (3). Comunque sia di ciò, e pur accettando come la più giusta la

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 381, § 4565 *b*; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 263, n. 309; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 473-474; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 313, § 332; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 381-382, n. 346.

(2) VIDARI, *Ibidem*.

(3) Il Guardasigilli così argomentava: " On prétend qu'il y a une grande différence entre le cas où le failli est vviant et celui où il est décédé, que quand il est vivant il n'y a d'autre intérêt que celui des créanciers; tandis que lorsqu'il est décédé il y a tant à la fois intérêt des créanciers et intérêt des héritiers; je n'accorde pas cette distinction: pour moi le décés ne change rien à l'état des choses; il n'y a pas plus deux intérêts après la mort du failli qu'il n'y a deux intérêts de son vivant; les héritiers ne sont que le failli lui-même; ils n'ont pas d'autres droits. Si le failli était vivant, les syndics feraient l'inventaire; pourquoi n'en seraient-ils pas chargés après sa mort? N'offrent-ils plus les mêmes garanties? Capables dans le premier cas, le sont-ils moins dans le deuxième? „ E il Boulay-Paty aggiunge a queste considerazioni del Guardasigilli: " Quelle fraude les héritiers ont-ils d'ailleurs à redouter? Ne sont-ils pas appelés à l'inventaire? Ne peuvent-ils pas se faire représenter par un mandataire? Enfin la surveillance constante que le juge de paix exerce pendant toute la durée de l'opération, n'est-elle pas pour eux une garantie suffisante? Mais c'est trop se préoccuper de l'existence des héritiers; n'oublions pas que leur intérêt est tout au moins problématique: bien rarement il arrive en effet, qu'un négociant, dont l'actif excède le passif, soit déclaré en faillite; la question sous quelque rapport qu'on l'envisage, a donc moins d'importance qu'elle ne paraît en avoir au premier abord. Nous le repétons, les héritiers ne viendront inutilement qu'après le payement intégral de toutes les dettes; alors, s'ils ne veulent prendre pour base de leurs arrangements particuliers le travail des syndics, ils seront libres de

opinione che accoglie tanto favore di suffragi dalla più eletta dottrina, non possiamo a meno di fermarci ad esporre alcune considerazioni su di essa. Ognun sa che, tanto gli eredi testamentari che i legittimi chiamati all'accettazione di un'eredità dalla volontà del defunto, o dalle disposizioni del diritto successorio, hanno diritto, se accettano, di adire l'eredità con alcune determinate cautele, le quali trovano la loro figura giuridica nel così detto *diritto d'inventario* o *beneficio d'inventario;* e la adizione dell'eredità con questo benefizio è regolata dal nostro Codice di procedura civile al tit. VIII, capo II. Ora il Codice di commercio nell'articolo 742 ha soppresse nella compilazione dell'inventario, in vista di renderla meno dispendiosa, alcune formalità che richiedonsi dal Codice di procedura civile: abbiamo veduto che però, queste formalità soppresse furono sostituite da altre, per così dire più a buon mercato, e tuttavia altrettanto valide quanto le soppresse per garantire la serietà ed esattezza dell'operazione: dunque, veramente, la disposizione dell'art. 743, combinata con quella dello articolo 742, non può nuocere agli interessi degli eredi del fallito. Facciamo il caso in cui il defunto essendo stato dichiarato fallito dopo un certo tempo dalla sua morte, gli eredi abbiano fatto l'inventario prima della dichiarazione di fallimento; evidentemente la inventariazione così eseguita è valida ed esclude la compilazione di un nuovo inventario da parte dell'amministrazione del fallimento; mancando in fatto quella possibilità di economie che è lo scopo della particolare procedura d'inventario stabilita dal legislatore commerciale. Dunque allora, come dice il Bédarride (1) " les syndics n'ont dans cette hypothèse qu'à procéder au récolement des objets déjà inventariés, et à en exiger la restitution des héritiers, soit en nature soit en valeur..... Mais, si l'inventaire dressé par les héritiers ne comprenait pas tout ce que le failli décédé a délaissé, si des détournements avaient étés commis, des omissions faites, les syndics devraient veiller à la répression des uns et à la réparation des autres. C'est surtout dans ce bout qu'ils auraient à procéder au récolement des objets inventariés „.

Risolto questo caso nel senso di cui sopra, le ipotesi proposte dal legislatore nell'articolo 743 per la compilazione commerciale dell'inventario dei beni lasciati dal fallito defunto, non hanno più alcun valore; perchè gli eredi ai quali, gravandosi essi particolarmente di tutte le spese di un'ordinaria inventariazione per l'accettazione beneficiaria della eredità, non può essere vietata la compilazione d'apposito inventario, non avranno più alcuna efficace ragione per sottoporsi ad una spesa, onde avere un documento che nessuna maggiore autenticità ed importanza avrebbe di quella che abbia l'inventario compilato per cura dell'amministrazione del fallimento.

---

faire procéder à un nouvel inventaire, rien ne s'y opposera; mais cette opération n'aura d'autre objet que celui d'établir l'importance des biens à partager; évidemment elle n'est pas nécessaire pour mettre les héritiers à l'abri des poursuites des créanciers, puisque le jugement déclaratif, en opérant le dessaisissement du failli au profit de la masse, a rendu toute confusion impossible entre leurs biens propres et ceux de la faillite, puisqu'une sorte de séparation des patrimoines s'est opérée. D'ailleurs, les créanciers sont désintéressés; quels dangers les héritiers ont-ils donc à redouter?

Cee considérations ont prévalu et dû prévaloir; il est généralement reconnu aujourd'hui qu'il appartient aux syndics, dans notre hypothèse, de dresser l'inventaire, soit que le failli existe, soit qu'étant décédé avant ou depuis le jugement déclaratif, les héritiers n'aient point fait procéder à cette opération „ (Op. cit., vol. I, pag. 313-315, n. 333).

(1) Op. cit., vol. I, pag. 381-382, § 346.

Uguale opinione sostengono, variamente argomentando: BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 312, n. 332; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 190, n. 1742; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 381, § 4565 *b*; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 263, n. 308, n^a 2.

Ma quando gli eredi abbiano diggià per conto proprio fatta la compilazione dell'inventario secondo le norme della ordinaria procedura civile, prima che il defunto commerciante sia dichiarato fallito, non diventa inutile soltanto la compilazione di un nuovo inventario da parte della amministrazione del fallimento; anche la apposizione dei sigilli da parte del curatore, o d'ufficio del pretore non ha più ragione d'essere fatta; perchè " il va de soi, qu'en pareille circonstance, une nouvelle apposition de scellés serait sans objet, puisque l'importance du mobilier se trouve constatée dans un acte public. Si le juge de paix se disposait à procéder à cet acte conservatoire, et qu'un inventaire lui fût présenté, il devrait donc s'abstenir „ (1). La posizione, adunque, degli eredi di fronte alla compilazione dell'inventario, in procedura commerciale, non soffre alcuna lesione; il beneficio della accettazione condizionata rimane intatto, servendo ad essi, per lo scopo cautatorio, l'inventario compilato per la necessità della amministrazione del fallimento: quanto all'esercizio dei diritti che, per la qualità di eredi, possono competere ai successori civili del fallito sieno essi legittimi o testamentari, dobbiamo ritenere per fermo, che l'interesse della massa dei creditori ha la prevalenza, e che, in certo modo ed entro certi limiti, il primo erede è appunto la massa dei creditori, la quale, alla stessa guisa di un erede più prossimo, esclude dall'asse ereditario l'erede più remoto, in questo caso l'erede testamentario o l'erede legittimo; e su questa opinione è completo l'accordo degli scrittori di diritto commerciale (2). Devesi però, per onestà di critica, osservare che i nostri autori commentando le disposizioni sull' inventario commerciale del vigente Codice di commercio hanno *ciecamente* seguite le illustrazioni che la dottrina francese, e l'italiana intorno alla legislazione commerciale del 1865, hanno arrecate agli articoli 481 del Codice francese e 589 del Codice italiano abolito. Ma allora, per quanto alcune modificazioni alla ordinaria procedura dell'inventario fossero state fissate dalla legge commerciale, pur tuttavia si diceva: " Art. 587. Sono applicabili a tale inventario le forme stabilite dal Codice di procedura civile..... „; e il Codice francese non riteneva neppur necessaria l'avvertenza inserita nell'art. 587 del Codice di commercio italiano del 1865, avvertenza che si riconnetteva colla disposizione dell'articolo 874 del Codice di procedura civile; e le modificazioni che al principio della ordinaria procedura erano imposte dall'articolo 588 del cessato Codice di commercio, non toglievano così assolutamente dalla ingerenza dell'autorità giudiziaria la compilazione commerciale dell'inventario, come succede ora sotto l'influenza del vigente Codice di commercio; allora anche il cancelliere della pretura, che aveva autorizzata la rimozione dei sigilli e la successiva compilazione dell'inventario, presenziava i sindaci durante queste operazioni e firmava l'inventario: quindi il rito della inventariazione non era così sbandeggiato dalla procedura del fallimento, come succede ora in cui è il solo curatore, assistito dai creditori personalmente o per loro rappresantante, e dal fallito, che redige l'inventario; quindi allora erano più vicine all'identità le due specie di inventariazione, quella, cioè, a scopo successorio, e quella a scopo di dichiarato fallimento per incominciare la definitiva amministrazione. Sicchè anche di questa differenza, che non è nè lieve, nè inconcludente, deve tener conto la moderna dottrina commerciale italiana nell'illustrare l'art. 743 del vigente Codice di commercio: e così, per quanto le conclusioni intorno alle modalità dell' inventariazione beneficiaria od a scopo del fallimento, non possano

(1) BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 312, n. 302. — Gli altri Autori italiani e francesi dividono completamente l'opinione del Bédarride.

(2) Tutti gli Autori nelle opere e passi citati.

sostanzialmente mutare, se ne avvantaggerebbe la serietà della stessa dottrina, alla quale il dominante principio della necessità di evitare inutili dispendi alla massa patrimoniale del fallimento, apparve troppo buono argomento per sostenere la propria tesi, perchè convergesse le energie della critica a ricercarne altri ed a riconoscere la profondità tutta delle variazioni che il legislatore commerciale del 1882 ha fatte, forse inopinatamente, alla ordinaria procedura del fallimento.

Allora sarebbe apparsa una notevole differenza tra la portata obbligatoria, per gli eredi, dell'articolo 743 del vigente Codice di commercio e la portata dell'articolo 589 del Codice analogo cessato; allora sarebbe apparso quanto sia rimarchevole la modificazione che viene recata dallo stesso articolo 743 non solo all'organismo dell'inventariazione secondo l'ordinaria procedura, ma anche ai diritti degli eredi che vogliano adire una eredità, valendosi del beneficio d'inventario. A correzione della profonda variazione che le disposizioni dell'art. 742, in quanto con esse deve combinarsi l'articolo 743, dobbiamo tener per fermo essere nel pieno diritto degli eredi di chiedere al tribunale l'adozione di quel disposto dello articolo 742, che accorda al tribunale la facoltà di imporre speciali norme e cautele per la compilazione dell'inventario commerciale; e per quanto abbia il solo carattere di facoltà autonoma accordata al tribunale, insistiamo nel ritenere che tale facoltà, se può ricevere pel suo esercizio una spinta esteriore, la deve ricevere certamente da parte degli eredi del fallito defunto per la compilazione dell'inventario commerciale, in servizio anche dell'accettazione beneficiaria.

Rimane un' ultima questione relativamente al doppio ufficio cui deve adattarsi la compilazione dell'inventario commerciale: e la proponiamo così: data la dichiarazione di fallimento di un commerciante defunto; data la compilazione commerciale dell'inventario per cura dell'amministrazione del fallimento; data la liquidazione della massa del patrimonio per la quale i creditori tutti del fallito vengono integralmente soddisfatti; si domanda: gli eredi dovranno passare alla compilazione di un nuovo inventario dei beni per avventura rimasti nell'eredità, a scopo di accettazione beneficiaria? Che gli eredi, per un eccesso di cautela, vogliano assicurarsi contro eventuali sorprese celate anche nelle modeste reliquie dell'asse ereditario sfuggito alla avidità dei creditori, accettando la residua eredità con beneficio d'inventario, non v'è dubbio che siano nel loro pieno diritto di farlo; ed allora conviene rientrare completamente nella ordinaria procedura e rifarsi da bel principio, se la inventariazione non avviene immediatamente dopo la chiusura del fallimento, alla apposizione dei sigilli come la prescrive la procedura civile; e le spese occasionate dai nuovi atti cautativi ricadranno sugli eredi stessi. Ma se vogliamo considerare la questione dal lato della necessità, allora la soluzione si presenta difforme: e le ragioni che si possono addurre in favore della necessità della nuova inventariazione, quasi si bilanciano con quelle che simile necessità oppugnano (1). È fuor di dubbio che l'erede può in ogni tempo, nel caso di un

(1) Su questo punto scrive il BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 384-385, n. 347: " Quant à la nécessité de faire un second inventaire pour l'acceptation bénéficiaire, elle ne peut se présenter que si, tous les créanciers payés, il restait un excédant. Mais alors les créanciers qui étaient saisis par la faillite, sont dessaisis par le payement qu'ils ont reçu de tout ce qui leur restait dû; cet excédant appartient aux héritiers, et à quoi bon, dans ce cas une acceptation bénéficiaire, lorsque la succession est entièrement libérée, qu'elle n'a plus de dettes? Voudrait-on encore exiger un inventaire? On l'aurait tout fait dans le compte que les syndics doivent rendre de leur gestion, et qui déterminerait d'une manière précise l'excédant apparant aux héritiers. Que, dès lors, rien ne saurait excu-

residuo d'eredità lasciato dall'integrale tacitazione dei creditori, valersi del diritto d'accettazione beneficiaria; e la giurisprudenza ha deciso che l'erede, che non è nel possesso reale della eredità, non è obbligato, per godere del beneficio d'inventario, a far compilare questo atto nei tre mesi dell'apertura della successione (1), e per possesso reale della eredità intende la legge la detenzione materiale dei beni ereditari, non già il possesso legale e di diritto, che dal defunto passa all'erede. Ma perdura tuttavia, la causa della prudenza che l'erede mette in pratica quando, chiamato ad una eredità, vuol conoscere se quella liberalità del defunto sia per lui più un disastro che un beneficio? Parrebbe di no, se si considera che il fallito, nella maggior parte dei casi, non ha altri creditori all'infuori di quelli che vennero già tacitati nei loro crediti colla liquidazione del fallimento; sicchè una accettazione col beneficio d'inventario, evidentemente è una oziosa superfetazione di prudenza, che si risolve in una nuova diminuzione dell'asse ereditario per le spese dell'inventariazione. Riconosciuta così la mancanza di causa per l'accettazione beneficiaria è risolta la questione. Veniamo al caso in cui gli eredi, eccessivamente cauti, vogliano adire il residuo asse ereditario, ma adirlo beneficiariamente Allora, a parer nostro, per quanto valide sieno le ragioni addotte dal Bédarride nel passo citato, la compilazione di un nuovo inventario è indispensabile.

Non conviene confondere la contemporaneità della accettazione beneficiaria dell'eredità colla compilazione dell'inventario commerciale, richiesto dall'amministrazione della fallita: in questo solo caso la contemporaneità dei due atti riunendoli in un solo, rende soverchia ed inutile la ripetizione particolare di uno di essi.

Invece l'accettazione beneficiaria, che avviene dopo la chiusura del fallimento, devesi considerare come adizione d'eredità, il cui asse è rappresentato propriamente dal residuo dell'intero patrimonio abbandonato dal fallito negoziante: quindi, per constatare la entità del residuo asse, e per cautarsi dalle possibili sorprese, non di altro mezzo possono valersi gli eredi che della accettazione beneficiaria, al cui effetto è indispensabile la compilazione di un nuovo inventario, colle ordinarie forme di procedura. Anzi diciamo, che pure nel caso d'accettazione d'eredità beneficiaria contemporanea alla dichiarazione di fallimento in modo che un solo inventario debba valere e per gli eredi e pei creditori, può

ser une déviation aux règles d'une stricte économie. Que celle-ci tournerait au profit des héritiers même dans le cas surtout où l'actif excéderait le passif. Qu'enfin, l'inventaire dressé par les syndics est fait en la continuelle présence du juge de paix, et que l'assistance de ce magistrat était de nature à rassurer tous les intérêts; que, d'ailleurs, la veuve et les héritiers avaient la faculté de se présenter à l'inventaire, de surveiller leurs droits et de faire telles réquisitions qu'ils jugeraient convenables.

Ces raisons ont prévalu, et devaient prévaloir sur le système soutenu par la Commission. Depuis longtemps on se plaint des longeurs et des frais qu'occasionne l'inventaire. Fallait-il dans un intérêt fort problématique, répudier dans plusieurs cas les améliorations introduites sous ce double rapport par la loi actuelle, dans l'accomplissement de cette formalité?

Nous disons dans un intérêt fort problématique! Il est rare en effet qu'on poursuive la faillite d'un négociant dont l'actif dépasse le passif. Il est invraisemblable en l'état de cette déclaration que, tous les créanciers payés, il reste quelque chose à appréhender par les héritiers. Ce n'est cependant que dans le cas que s'ouvrent les droits de ceux-ci. Jusque-là les créanciers sont les seuls ayants droit à l'actif de la faillite. Il est donc rationnel de leur permettre d'en disposer aux mieux de leurs intérêts „.

(1) Appello Catania, 30 novembre 1882, Rasco-Tedeschi c. Majorana (*Legge*, 1883, II, 604).

Rammentiamo una sentenza della Cassazione di Torino, 24 luglio 1884 (*Legge*, II, 376), la quale ha stabilito, in fatto di beneficio d'inventario, che l'accettazione d'eredità col beneficio d'inventario esime i creditori del defunto dal chiedere la separazione dei patrimoni.

essere utile agli eredi, chiuso il fallimento e tacitati a completo i creditori stessi, per constatare la entità del residuato patrimonio dismesso dal testatore di inventariare i beni rimasti, anche non accettando l'eredità beneficiariamente; in questo caso non è più una estrema e ridevole prudenza questo che provoca la formazione dell'inventario; diventa un inventario estimativo che illumina gli eredi sul *quantum reliqui* dell'eredità.

193. *La morte del fallito durante la compilazione dell'inventario.* — L'art. 743 considera inoltre il caso in cui il fallito deceda dopo la dichiarazione del fallimento, e dopo la rimozione dei sigilli, ma durante la compilazione dell'inventario. Tale ipotesi è di grande importanza, perchè non si può proseguire nella operazione intrapresa senza la citazione degli eredi. Gli autori (1) hanno bensì considerati i casi di conflitto d'inventario, provocati dall'accettazione beneficiaria della eredità e dalla necessità dell'inventario commercialmente compilato; hanno studiati i casi della dichiarazione del fallimento dopo la morte del negoziante e prima dell'azione beneficiaria della eredità; il caso di questa dichiarazione dopo il decesso del fallito e dopo, anche, l'accettazione beneficiaria: ed il caso della dichiarazione di fallimento che colpisce il negoziante vivo, mentre muore poi prima della formazione dell'inventario; ed è concorde la dottrina nella soluzione di queste varie fattispecie, nell'accordare la prevalenza all'inventario, diggià compilato, da chiunque lo sia stato; o all'inventario commerciale, in caso nessuna inventariazione sia avvenuta. Ma avvenga la morte del fallito mentre la compilazione dell'inventario commerciale è intrapresa; allora come si procederà? Non v'ha dubbio che l'inventario sarà completato colla procedura prescritta dal Codice di commercio. Però il caso, per quanto non possa avere soluzione diversa, non è semplice così come può sembrare. Anzi tutto avviene una sospensione, provocata dal preciso disposto della legge all'art. 743; ivi si è preveduto precisamente il caso e si è stabilito che si proceda " immediatamente alla compilazione di questo nelle forme suddette, presenti o citati gli eredi ". Questa disposizione di legge, tanto ovvia in apparenza, ha bisogno di una dichiarazione. La locuzione " si proceda, ecc. " usata dal legislatore dà più il carattere dell'incipienza di un'operazione che quella della continuazione; mentre qui il carattere deve essere solamente di continuazione; poi l'avverbio di tempo " immediatamente ", che significa senza dilazione di sorta, viene a perdere ogni suo valore di fronte al disposto di legge, relativo alla citazione delle persone che devono o possono presenziare l'inventariazione, che concede almeno tre giorni tra la citazione e l'inventario (Cod. proc. civ., art. 869). Nè questa disposizione si comprende nel numero di quelle abrogate dall'artic. 741 del Codice vigente di commercio; perchè essendovi assoluto bisogno della citazione ordinaria, non si può creare arbitrariamente, in questo caso dal curatore, un termine più breve di quello che la legge stessa ha fissato come il più breve possibile. Dunque la fulminea continuazione dell'inventario, quale può essere supposta per la presenza dell'avverbio "immediatamente" nel contesto dell'art. 437, non si può avere, come termine minimo, che colla distanza di tre giorni dalla morte del fallito, la quale avrà solo provocata la *immediata* citazione degli eredi, ma dalla data della citazione stessa. E qui appare intiera la opportunità del vocabolo "*sospensione*", da noi usato per qualificare l'evento principale causato, riguardo all'intrapreso inventario, dalla morte del fallito. L'art. 868 del Codice di procedura civile accorda il diritto agli eredi di assistere alla inventa-

(1) Cfr. autori citati: op. e passi citati.

riazione; l'art. 869 stesso Codice dice che non può procedersi alla formazione dell'inventario, se non siano citati gli eredi o le altre persone che hanno diritto d'assistervi; ed infine l'art. 743 del Codice vigente di commercio conferma agli eredi del fallito la facoltà loro accordata dall'art. 868 del Codice di procedura civile: quindi non vi può esser dubbio che l'inventario debba forzatamente rimaner sospeso fino a che sia scaduto il termine utile di comparire, dopo che gli eredi furono debitamente citati. Se poi essi nel termine fissato non si presentano, il curatore ripiglierà la inventariazione e la condurrà a termine senza la loro presenza. La legge commerciale che si preoccupa più del fatto materiale della presenza degli eredi, che del modo con cui questa presenza fu provocata, dice che l'inventario sarà ugualmente bene compilato quando gli eredi sieno stati presenti alla sua formazione; sicchè se gli eredi del defunto fallito (1), prima ancora che siasi sospesa la operazione si presentano, allora è inutile la citazione, e la continuazione dell'inventario diviene immediata: nè crediamo che la posteriore assenza degli eredi, poichè si presentarono all'inventario una prima volta senza che fossero citati, obblighi il curatore a sospendere la operazione per citarli legalmente: sicchè non potranno tali eredi impugnare per mancanza di formalità l'inventario compilato quando la loro presenza, per quanto non continuata, aveva reso inutile, a termini di legge, la citazione.

Ma non soffre altra sospensione l'inventario, oltre quella resa obbligatoria dalla decorrenza del termine fissato per la citazione? Come potrà citare gli eredi il curatore immediatamente dopo la morte del fallito, se questi non si conoscono ancora? Sarà valida la citazione dei presunti eredi fatta quando ancora non si è letto il testamento, o quando tale qualità non fu ancora riconosciuta negli eredi legittimi?

Vedremo tali questioni nel numero seguente.

194. *Gli eredi del fallito sono presenti o citati all'inventario. — Eredi testamentari. — Eredi legittimi.* — La necessità della presenza degli eredi del fallito all'inventario non ha bisogno di lunga dimostrazione: solo che si volga la mente a considerare, come le ragioni per cui si richiedeva la presenza del fallito, si trasportano integralmente sulle persone che, o per la di lui volontà o per disposizione della legge, vengono a succedergli negli obblighi così come nei diritti, si vede che la presenza degli eredi alla compilazione dell'inventario, fu richiesta dal legislatore allo scopo identico per cui agli stessi eredi fu concesso di presenziare alla formazione del bilancio, alla ispezione dei libri ed alla procedura del fallimento, sia personalmente che per mandatario (art. 712 Codice di commercio). Tanto più è necessaria, nella compilazione dell'inventario, la presenza degli eredi del fallito commerciante, agli scopi dell'opposizione, che può da loro sollevarsi, alla inventariazione di oggetti che formino parte del patrimonio particolare dell'erede stesso, nella considerazione, anche che non sempre è possibile la legale separazione dei patrimoni, quando questa potrebbe proporsi in piena legalità, e la mancata opposizione potrebbe essere interpretata come annuenza dell'erede, a concorrere anche col patrimonio proprio a sanare completamente i debiti dell'eredità del defunto commerciante, o come accettazione

(1) La malattia del fallito citato, secondo l'articolo 740, dopo che fu intrapreso l'inventario, e che esso vi presenziò vale a sospenderne la formazione? Non crediamo, perchè il fallito potrà ad ogni buon conto farsi rappresentare; ed anche se non vuol presenziare per mandatario, la sua citazione essendo avvenuta, fu osservata la legge ed allontanata la nullità.

dell'eredità stessa senza beneficio dell'inventario (1). Poste così in luce le cause per cui il legislatore commerciale volle la presenza degli eredi del defunto o la loro legale citazione, rimane a vedere se questa citazione o questa presenza spontaneamente verificatasi, sono possibili, e come e quando lo sono. Nel normale ordine dei fatti si hanno per eredi quelle persone che, in un testamento valido e validamente esteso, vengono dalla estrema, volontà del testatore, indicate come suoi successori nel patrimonio che dismette: e ciò per la successione testamentaria. Ma vi è pure la successione legittima; quella specie, cioè, di diritto successorio, in forza di cui le sostanze patrimoniali di chi morì senza lasciare testamento o con testamento invalido, vengono assunte da quei suoi parenti (discendenti, ascendenti, collaterali, affini, ecc.), che hanno con lui un vincolo di sangue fino a quel grado dopo il quale la legge non ammette validità di parentela per adire un'eredità (art. 742 cap. Codice civile), tenuto fermo il principio della esclusione del parente più remoto operata dalla presenza di parente più prossimo.

Ora, la qualità di erede non è attribuita se non quando la eredità è accettata; perchè non basta la designazione contenuta nel testamento per attribuirla, così come, nel caso della successione legittima, la qualità per cui il presumibile erede possa adire il lasciato asse patrimoniale, non basta perchè costui possa essere ritenuto di fatto erede, e, come tale, sottoposto ad atti aventi la loro causa nella qualità riconosciuta ed accettata d'erede. Non basta, adunque, che l'eredità sia giacente ed aperta la successione perchè si debbano considerare come eredi le persone che hanno diritto di succedere; il diritto di succedere non è obbligo di accettare l'eredità; e, come tale è la natura di esso così, fino a che la volontà dell'erede designato nel testamento o dalla legge non si è decisa ad accettare, la qualità giuridica d'erede viene in lui a mancare. Questi essendo i principii a cui si sono informate la nostra civile codificazione, la dottrina e la giurisprudenza, rileviamo subito, che la disposizione dell'art. 743 del Codice di commercio parte dall'ipotesi che l'accettazione dell'eredità sia avvenuta espressamente, od avvenga quando, essendo il designato erede citato alla compilazione dell'inventario, egli senz'altro annuisca all'invito. Non è qui il caso di porre la questione se l'acquiescenza alla citazione del curatore e la presenza del designato erede alla formazione dell'inventario, possano ritenersi quale una accettazione; o la non presenza come la rinunzia all'eredità; o la presenza alla inventariazione come accettazione pura e semplice dell'eredità, piuttosto che accettazione con beneficio d'inventario; o la non presenza dopo la citazione come tacita accettazione, e questa con o senza benefizio d'inventario. Entreremmo in un troppo diverso campo di diritto se volessimo, anche superficialissimamente, tentare una soluzione qualunque a tutte queste ipotesi; però teniamoci al fatto della citazione e vediamo ciò che possa dirsi circa gli

Eredi testamentari: L'individuo designato dal testatore come successore nei propri beni patrimoniali è l'erede testamentario: la notizia efficace della sua qualità non è acquistata nè all'erede nè a nessun altro fino a che non sia aperto il testamento; questo aperto, la qualità giuridica d'erede non si acquista alla persona od alle persone designate nel testamento, se non quando consti dell'accettazione della dismessa eredità; la legge stabilisce i termini entro cui l'erede testamentario può accettare l'eredità, e quelli entro cui può essere chiamato a ripudiarla (Cod. civ., art. 943 e 951, 952). Dunque, chi potrà citare il curatore come erede pel caso di successione

(1) Sul che la giurisprudenza è però molto discorde.

testamentaria? La persona o le persone designate tali nel contesto del testamento? Ma se costoro non vogliono accettare la eredità, anzi, vogliono ripudiarla, come potranno essere tenuti ad atti i quali pregiudicano, nel loro adempimento, quella posizione indifferente che il designato erede ha tutto diritto di non volei mutare? Il legislatore commerciale, parlando degli eredi e chiamandoli ad un atto che già in sè stesso inchiude un esercizio di un diritto *ereditario*, presuppone che giuridicamente, come di fatto, la qualità d'erede sia stata assunta dal designato tale, e, quindi, come tale sia tenuto a tutti quegli atti il cui esercizio dipende, appunto e solamente, dall'essere egli, coll'accettazione dell'eredità, subentrato negli obblighi e nei diritti del suo autore. Sicchè non è facile uscir fuori da questo tenebroso pelago in cui il legislatore commerciale ha gettata, senza lume e senza nocchiero, la navicella, un po' sdruscita, delle sue disposizioni. Dato che il curatore, alla cui notizia pervenne la designazione dell'erede testamentario fatta nell'individuo. Tale lo citi per la continuazione dell'inventario, costui, invece, essendo intenzionato di ripudiare l'eredità, si asterrà da qualunque atto che possa pregiudicare la sua posizione, e per ciò non interverrà alla inventariazione: allora, si può dire che il curatore, avendo adempito all'obbligo suo, può proseguire, nell'assenza del citato, alla inventariazione senza correre pericolo di incorrere in una nullità? Chi ha citato il curatore? l'erede! Ma chi è tale? il designato nel testamento? No, certo! dacchè non si ha ancora nessuna prova della sua volontà riguardo all'asse ereditario, sia egli intenzionato di ripudiarlo, sia intenzionato di accettarlo. Dunque è chiaro, che la citazione fatta all'individuo designato quale erede nel testamento del fallito, viene fatta a costui, solo perchè si suppone che egli voglia rivestire tale qualità; non rivestendola, la citazione a comparire alla inventariazione non gli può essere fatta. Ed allora se l'erede designato non accetta l'eredità ed a questa vengono chiamati gli eredi legittimi il curatore dovrà sospendere la inventariazione fino a che l'eredità, ripudiata dell'erede testamentario, possa essere regolarmente adita ed accettata dagli eredi legittimi? E qui il caso sarebbe anche semplice. Supponga si invece che l'erede testamentario non volendo accettare l'eredità non abbia però fatta alcuna rinuncia: allora ognun sa che l'art. 943 del Codice civile stabilisce, che la facoltà di accettare un'eredità non si prescrive che col decorso di trent'anni. Trent'anni dunque dovrebbe rimaner sospesa la procedura del fallimento e la compilazione dell'inventario, prima che si potesse aprire la successione legittima e citare al caso gli eredi legittimi! L'assurdo che deriva dall'analisi di queste disposizioni del diritto successorio, raffrontate col principio del risparmio di tempo che domina tutta la procedura del fallimento, trae tosto all'applicazione dell'art. 951 Codice civile relativamente alla rinunzia dell'eredità; il quale concede la facoltà al tribunale di fissare un termine all'erede, perchè si risolva all'accettazione od alla rinunzia quando chi ha interesse verso l'eredità ne rivolga domanda al tribunale. Questa è la soluzione che, secondo noi, si offre dal Codice civile in relazione al disposto dell'art. 743 Cod. di comm.: ed allora si vede come la istantaneità della ripresa dell'inventario, imposta dall'avverbio " *immediatamente* , usato dal legislatore commerciale, diventi di una relatività addirittura fantastica; si riprenderà, cioè, *immediatamente* l'inventario, appena le condizioni, stabilite dallo stesso art. 743 per la procedura dell'inventario, si saranno avverate.

Infinite altre questioni, e non tutte di lieve importanza, si potrebbero far sorgere dall'esame minuzioso delle disposizioni del diritto successorio, sianvi eredi testamentari o eredi legittimi, confrontandole col disposto dell'art. 743 del Codice di comm. ed in genere con quelle disposizioni del

titolo del fallimento che parlano di eredi del defunto.

Ma oltre che, come già si è avvertito, *non est hic locus nec tempus*, esse ci trarrebbero troppo fuori dal còmpito nostro di semplici commentatori di diritto commerciale, e ci condurrebbero nel campo della dottrina giuridica civile, dal quale poco vantaggio si recherebbe alla legge cifrata.

Poniamo soltanto due questioni le quali ci sembrano molto rilevanti:

1ª I creditori del defunto fallito, quando l'erede testamentario non accetti ed intanto si apra la successione legittima, potranno domandare che si nomini tosto il curatore dell'eredità e citare quindi, costui, ogni volta che il Codice di comm. prescrive la citazione degli eredi?

2ª Quando non essendovi eredi testamentari e non conoscendosene di legittimi l'eredità rimane giacente, potranno i creditori domandare ed ottenere di essere immessi, senz'altro, nel possesso della eredità?

La soluzione di queste due questioni a noi si presenta abbastanza ardua e non troviamo alcun accenno nè negli autori italiani, nè negli stranieri, nè nella molta giurisprudenza italiana e francese che abbiamo potuto consultare: sicchè per nostra sola autorità non arrischiando alcuna soluzione, solamente diremo: che la prima questione ci sembra decisibile, contrariamente ai creditori; la seconda, invece favorevolmente: ed avvertiamo altresì che la massa ereditaria, che è poi la massa patrimoniale del fallimento, appartiene più ai creditori che agli eredi (1).

Eredi legittimi: Deceduto il fallito senza aver testato, la successione che si apre sui suoi beni è quella dalla legge detta legittima; gli eredi vengono, per le loro condizioni di parentela col defunto, chiamati dalla legge alla successione, in presunzione che per tal guisa sia interpretata la volontà del defunto. Gli eredi legittimi acquistano la qualità ereditaria così come gli eredi testamentari, ed i diritti di accettazione, di rinunzia, d'accettazione pura e semplice e d'accettazione con beneficio d'inventario, si estendono a loro come agli eredi testamentari. In vista di questa qualità identica degli eredi legittimi, il legislatore commerciale non ha fatta alcuna differenza nel richiedere la loro presenza o la loro citazione alla prosecuzione dell'inventario, sospeso per la morte del fallito.

Quindi, tutto ciò che si disse riguardo alle difficoltà che nascono per l'applicazione del disposto dell'art. 743 Codice di commercio, messo in relazione colle disposizione del Codice civile in materia di successioni testamentarie, si applica senz'altro alla successione legittima. Anche gli eredi legittimi, fino a che non hanno accettata la eredità, non rivestono qualità, nè giuridica nè di fatto, d'eredi, epperò la sola presunzione che essi, essendo gli eredi chiamati dalla legge, debbano accettare la successione, non basta a rendere valida la citazione rivolta a loro come ad eredi; la qualità d'erede non si presume, dice la legge e conferma la dottrina; e la giurisprudenza sulla accettazione della eredità con beneficio d'inventario, interpretando con giusto criterio l'art. 964, primo alinea, del Codice civile, ha stabilito che: " la qualità effettiva di erede beneficiario non nasce dalla dichiarazione fatta di accettare l'eredità col beneficio di inventario, sibbene dalla deliberazione presa nel termine di legge, dopochè l'inventario è stato eseguito „ (2).

---

(1) Il BÉDARRIDE (op. cit., vol. I, pag. 386, n. 348) scrive: " Or, depuis cet instant, le failli était lui-même dessaisi de ses biens, et ce dessaisissement est un obstacle invincible à ce que des tiers acquièrent, sur ces mêmes biens, des droits quelconques du chef des héritiers „.

(2) Tribunale civile di Roma, 2 dicembre 1876 Cavaggi c. Baltazzi (*La Legge*, 1877, I, 102).

Ma di fronte agli eredi legittimi nasce una particolare difficoltà; la quale però è risolta tosto dalla disposizione stessa dell'art. 743 del Codice di commercio. La difficoltà è questa: essendo più gli eredi legittimi, chi tra loro dovrà citare il curatore a termini dell'articolo 743? Tutti! ecco la risposta: tutti, perchè nell'art. 743 si parla di eredi; dunque, quelle persone che hanno tale qualità dovranno *tutte* citarsi. Ma e quanto alla presenza, se tutti codesti eredi non sono apparsi, *quid juris?* Allora pur essendo per tutti ugualmente necessaria la citazione, quanto a quelli che non apparvero si farà constare della loro assenza nel verbale dell'inventario.

Nella successione testamentaria si devono citare tutti gli eredi istituiti nel testamento; e solo gli eredi: non, quindi, i legatari e le altre persone che nel testamento ricevettero qualche liberalità, ma non a titolo d'erede: nel caso della istituzione a titolo universale è evidente che il citato o quello la cui presenza è richiesta, è solo l'erede così istituito. Il legislatore commerciale ha, senza dubbio, usata la voce *erede* nel suo significato tecnico e giuridico.

CAPO III.

Delle funzioni relative all'amministrazione del fallimento.

Art. 744.

Il curatore, appena nominato, deve far instanza al pretore acciocchè si proceda all'apposizione dei sigilli, se non fosse ancora eseguita. Deve inoltre, colla scorta del bilancio, dei libri e delle carte del fallito e delle notizie che può raccogliere, compilare un elenco dei creditori del fallimento e dirigere a ciascuno di essi speciale invito per la prima adunanza, indicando le disposizioni della sentenza dichiarativa del fallimento che riguardano la presentazione delle dichiarazioni dei crediti e la chiusura del processo verbale di verificazione.

L'elenco dei creditori, coll'indicazione approssimativa dei rispettivi crediti, dev'essere depositato nella cancelleria del tribunale e può essere dal giudice delegato rettificato e completato, anche prima della verificazione dei crediti.

In caso di omissione o di negligenza nell'adempimento dell'obbligo sopra indicato, il curatore è responsabile dei danni e può anche essere destituito dal suo ufficio.

Sommario.

195. *Apposizione dei sigilli domandata dal curatore.*
196. *L'elenco dei creditori compilato dal curatore e l'invito diretto ai creditori, di presentarsi alla prima adunanza.*

197. *Contenuto dell'invito fatto ai creditori.*
198. *L'elenco dei creditori e la ingerenza del giudice delegato.*
199. *La omissione e la negligenza del curatore provocano una responsabilità di lui pei danni.*
200. *Misure disciplinari contro il curatore, provocate dalla omissione o dalla negligenza.*

195. *Apposizione dei sigilli domandata dal curatore.* — Nell'analisi dell'articolo 733 abbiamo veduto che la apposizione dei sigilli viene ordinata dalla sentenza che dichiara il fallimento (Cod. comm. art. 691, n. 2); a quest'operazione procede, di regola, per la espressa dichiarazione della vigente legge commerciale, il pretore (o i pretori) del mandamento in cui trovansi i beni del fallito da sottoporsi a sigillo (art. 733). Ora il legislatore, nella persuasione che la apposizione dei sigilli non sia per anco avvenuta, fa al curatore l'obbligo di chiedere al pretore, nella cui giurisdizione trovansi beni del fallito, che sia proceduto alla apposizione dei sigilli. L'articolo 575 dell'abolito Codice addossava ai sindaci lo stesso obbligo che, riguardo all'apposizione dei sigilli, viene fatta dall'articolo in esame al curatore. Simile disposizione è contenuta nell'articolo 468 dell'attuale Codice di commercio francese. Disposizione più tassativa è contenuta nell'articolo 795 del Codice di commercio neerlandese: per questa, se il giudice di Cantone (il nostro pretore) non avesse apposto i sigilli in conformità della sentenza, la cui copia gli sarà stata trasmessa ai termini dell'ultimo alinea dell'articolo 787 (stesso Codice), i curatori *ingiungeranno* a questo giudice di procedere immediatamente all'apposizione: l'effetto di tale rigida disposizione è evidentemente quello di porre il giudice di Cantone in una condizione subordinata ai curatori; cosa che per vero non sembra commendevole. Nessuna disposizione uguale o somigliante a quella che si analizza ora si ha nella legge austriaca sui fallimenti (1869): l'apposizione dei sigilli viene fatta soltanto all'atto dell'apertura del fallimento (*Konkursoffnung*) dal commissario concorsuale o da un delegato particolare incaricato dal tribunale. La legge germanica sul fallimento al § 112 accorda che " per garantire la conservazione degli oggetti facienti parte della massa, il curatore può farvi apporre i sigilli da una delle persone che per legge ne hanno facoltà „; e questa è la prima volta che la legge tedesca parla di apposizione di sigilli riguardo al fallimento; perchè questa istituzione non esiste in quella legislazione commerciale, secondo il cui § 102 " pronunziando l'apertura del fallimento, il tribunale nominerà il curatore, fisserà ad un mese al più tardi, l'assemblea per deliberare sulla scelta di un altro curatore (1), come pure sulla costituzione di un comitato di creditori; *ordinerà il sequestro generale* e determinerà il termine per la produzione dei crediti, come anche il giorno della verificazione generale „. La legislazione germanica segue, il che si è osservato, un diverso sistema di atti conservativi anteriori alla definitiva costituzione dell'organismo amministrativo, di quello seguìto dal nostro legislatore: l'apporre o non i sigilli è facoltà accordata al curatore; lui è responsabile di tutti i beni componenti la massa e dei quali è tenuto a mettersi in possesso (§ 107), è, perciò, considerato come il miglior giudice nella scelta degli atti cautativi, che possono assicurargli la conservazione della massa patrimoniale del fallimento.

L'articolo, che abbiamo preso ora ad esaminare, del vigente Codice commerciale italiano, imponendo al curatore l'obbligo di chiedere al pretore che si proceda alla apposizione dei sigilli, qualora non fosse

(1) Questo è il curatore definitivo; l'interinale è nominato dal tribunale secondo il § 40.

ancora stata fatta, dà luogo al formarsi di due ipotesi: la prima, che essendo la apposizione stata ordinata a mente dell'articolo 691, n. 2, e trasmessa, a mente dell'articolo 692, ciò nullameno il pretore non abbia adempito alle precise e tassative disposizioni dell'articolo 733 Codice di commercio; la seconda che la apposizione non sia stata ordinata, perchè non ancora pronunziata la sentenza dichiarativa di fallimento, nè fatta d'ufficio dal pretore o su domanda dei creditori, nel caso contemplato dall'articolo 733, capoverso. Il legislatore all'articolo 744 pare riferirsi solo al fatto materiale, indipendentemente da qualsiasi altra considerazione, che la apposizione dei sigilli non sia avvenuta: e non fa distinzione di sorta fra il curatore definitivo e il curatore provvisorio; anzi non è troppo arrischiato il dire, che la qualità del curatore dell'articolo 744 non può essere che quella di curatore provvisorio come quello che solo può trovarsi, di fronte alla disposizione dell'articolo 733, nella condizione d'assumere il suo ufficio interinale quando ancora i sigilli non furono apposti dal pretore. Difatti il curatore provvisorio viene nominato dal tribunale colla sentenza dichiarativa del fallimento, colla stessa sentenza, cioè, che ordina l'apposizione dei sigilli (art. 691); ora può darsi che siasi verificato un ritardo nella trasmessione al pretore mandamentale della notizia dell'ordinata apposizione (art. 692) e che il curatore provvisorio, cui venne notificata immediatamente la nomina (art. 718), con commendevole solerzia entri subito in funzione, facendo della richiesta di apposizione dei sigilli il suo primo atto relativo alla conservazione della massa. Ma ciò che nell'ipotesi suesposta può verificarsi pel curatore provvisorio, non può più, in nessuna ipotesi logica, verificarsi per il curatore definitivo; il quale, nominato entro un tempo che può giungere fino ai 20 giorni dalla nomina del provvisorio curatore (art. 691) e fino ai 24 giorni prima della assunzione effettiva dell'ufficio, entra in ufficio quando, o per opera del pretore mandamentale o per istanza del curatore provvisorio, i sigilli devono già da tempo essere stati apposti. Quindi non vi può essere dubbio circa la qualità del curatore di cui parla l'articolo 744 (1). La disposizione, poi, di quest'articolo è tassativa per ciò che riguarda l'accoglienza che il pretore deve fare alla istanza del curatore; come era tenuto ad accogliere ed evadere favorevolmente la simile istanza fattagli dai creditori del fallito (art. 733), tanto più è tenuto ad ordinare senz'altro l'apposizione dei sigilli, quando è l'amministratore interinale della massa patrimoniale del fallimento che la richiede.

196. *L'elenco dei creditori compilato dal curatore e l'invito diretto ai creditori di presentarsi alla prima adunanza.* — La qualità di creditore che si richiede nell'individuo al quale, per il disposto dell'articolo 744, deve essere diretto dal curatore l'invito per la prima adunanza, ognun vede come sia la qualità generica istituita dal rapporto di dare ed avere corrente tra il fallito ed i suoi creditori: e l'essere messo nell'elenco dei creditori, come l'essere stato invitato alla prima adunanza, non dà a nessuno dei creditori il diritto di ritenere come riconosciuti ed ammessi i propri crediti: la questione della accettabilità dei crediti vantati contro il fallito, e della qualità di questa accettabilità, rimane invulnerata e solo viene decisa quando si passa alla verificazione dei crediti così come essa è prescritta dall'articolo 758 e seguenti.

Stabilito così quali sieno i creditori a cui allude l'articolo 744, riscontriamo nella di-

(1) Il RENOUARD (op. cit., vol. I pag. 455), suppone questo caso che noi abbiamo scartato; e scrive che qualora i sindaci provvisori non abbiano adempiuto all'obbligo imposto loro dall'articolo 468 (744) " ce devoir passe aux syndics définitifs „.

sposizione di questo articolo un'innovazione notevole introdotta nel vigente Codice di fronte al cessato; il quale incaricava dello elenco dei creditori e dell'invito a presentarsi alla adunanza, non che della comunicazione ai creditori dell'avvenuta dichiarazione del fallimento, il cancelliere del tribunale che aveva emanata la sentenza dichiarativa. Il Codice cessato univa le norme per la verificazione dei crediti e per la ammessione dei creditori, alle norme per l'invito, e relativa procedura, a quel congresso di tutti i creditori nel quale, appunto aveva principio la classificazione dei vari crediti: questa sorta di confusione occasionava la intrusione del cancelliere negli atti amministrativi più propri alle funzioni dei sindaci; e quindi, modificata nel Codice vigente la procedura relativa alla verificazione dei crediti, si rese necessaria la modificazione che l'articolo in esame arrecò alla legge commerciale del 1865: sulle quali modificazioni nei verbali della Commissione, per gli studi preparatori dell'attuale Codice di commercio, si legge: " ..... riguardo alle modificazioni, già accennate, intorno alla verificazione dei crediti, delle quali si vedrà più innanzi il completo svolgimento, è di somma importanza la notizia del dichiarato fallimento e delle altre disposizioni contenute nella sentenza relativa, che deve darsi individualmente a ciascun creditore, affinchè la sollecitudine desiderata possa conciliarsi colla salvezza dei singoli diritti. Anche il Codice vigente (1865) prescrive, negli articoli 601 e 615, che i creditori siano singolarmente notiziati delle prescritte convocazioni; ma, il far eseguire dal cancelliere la spedizione delle lettere di convocazione richiede una spesa, ed è certo che, coll'attribuirla al curatore, l'effetto deve riuscire più sicuro, per la maggior sollecitudine che egli può usare e per la maggiore opportunità, in cui egli si trova, di procurarsi tutti gli elementi e le notizie necessarie per l'esatto recapito delle lettere stesse „ (1). Dunque, la ragione capitale che indusse il legislatore del 1882 ad addossare al curatore la distribuzione delle lettere-invito ai creditori è quella di un risparmio di spesa; è sempre il concetto di economizzare inutili dispendi, che avrebbero, senza corrispondente vantaggio, diminuito l'attivo della massa. E si è poi, veramente, attuata quella economia e di tempo e di danaro che il legislatore aveva bandito nella motivazione dell'attuale Codice di commercio? Qui il dubbio è grave; grave assai: perchè se pure si può ammettere che il curatore del fallimento, siccome altre mansioni non ha all'infuori di quella dell'amministrazione della massa patrimoniale a lui affidata, possa con maggior esattezza e con maggior prontezza adempire anche agli obblighi fattigli dall'articolo 744, in confronto del cancelliere, già gravato dalle molteplici funzioni del suo officio, non è più così quando si tratta della trasmessione dell'invito ai singoli creditori. Vediamo in proposito a questa trasmessione cosa dispone l'articolo 78 (2) del regolamento per l'esecuzione del Codice di commercio: " Art. 78. Gli avvisi previsti negli articoli 724, 744, 762 e 809 del Codice di commercio ed altri occorrenti nella procedura di fallimento devono essere consegnati alla persona cui sono diretti, ritirandone ricevuta, o spediti con *lettera raccomandata alla posta* „. Quindi, il modo col quale il curatore può adempire alla trasmessione dell'invito ai creditori, per la prima adunanza, è tassativamente prescritto dalla lettera stessa della legge commerciale; o mediante consegna *brevi manu* dell'invito ad ogni singolo creditore, ritirando ricevuta; o mediante impostazione raccomandata della lettera. Evidentemente la

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 797.

(1) È poi ad applicarsi a quest'articolo 744, per riguardo alla compilazione e trasmessione dell'avviso ai creditori, il preciso disposto dell'articolo 906 del Codice di commercio.

facoltà, concessa al curatore di poter scegliere tra questi due modi di trasmessione dell'invito, ha nascimento dallo stesso criterio che informa l'articolo 739, relativamente alla omissione delle formalità della apposizione dei sigilli pei fallimenti di poca entità; cioè, quando un fallimento si avvera in una ristretta orbita d'affari e coglie persone " ch'un muro ed una fossa serra „, allora, evidentemente, essendo maggiore la necessità di economizzare le spese, maggiore la facilità che ha il curatore di conoscere personalmente i creditori o di avere comunicazione con essi, perchè della stessa città o luogo d'affari, la legge acconsente al curatore la consegna personale dell'invito ai creditori, ritirando la ricevuta. Ma nella condizione di un fallimento ingente, in cui i creditori, essendo molti, sono anche o sconosciuti al curatore, o domiciliati in altri luoghi che quello dove risiede il curatore e dove si è aperto il fallimento, ed anche all'estero, è forza apprendersi all'unico mezzo di trasmessione che offre la economia dei trasporti, la posta: ed in questo caso l'economia che il legislatore andava cercando se ne è ita *in malam crucem;* però è da osservare, che la spesa di trasmessione mediante lettera impostata, per quanto aggravata dall'obbligo della raccomandazione che duplica la spesa nella migliore delle ipotesi, non può certamente arrecare una diminuzione molto rimarchevole all'attivo del patrimonio di fallimento, sul quale tutte le spese vive d'amministrazione vengono caricate.

Nel compilare l'elenco dei creditori il curatore deve servirsi non solo del bilancio e dei libri del fallito e delle sue carte, ma deve assumere notizie che possano rendere più precise le sue operazioni; questo è il caso in cui il curatore può chiedere le informazioni che gli necessitano e al fallito e ai suoi commessi ed impiegati, non che a qualsivoglia altra persona; per ciò che riguarda la escussione del fallito il curatore non ha d'uopo dell'intermediazione d'alcuna persona a meno che il fallito non sia in carcere; ma per interrogare i commessi e gl'impiegati del fallito deve chiedere l'intervento del giudice delegato come si prescrive dall'articolo 730 del Codice di commercio (1). È dall'esame del bilancio, dei libri e delle carte del fallito che il curatore si forma un esatto concetto della condizione patrimoniale del negoziante; e, sceverando dall'attivo della sostanza tutto ciò che ne forma il passivo, come riesce a stabilire esattamente l'ammontare della massa patrimoniale del fallimento, così giunge a contrapporre a questa massa, collettivamente ed individualmente, la massa dei creditori e l'ammontare dei crediti. Così, man mano che nell'esaminare il bilancio, i libri e le carte del fallito, o nell'assumere notizie sul fallimento, il curatore riscontra un rapporto di dare ed avere tra il fallito ed un'altra persona, se il rapporto mette quella persona nella condizione di avere dal fallito (nel libro del fallito la annotazione sarà di dare a favore della persona), il curatore la elenca senz'altro fra i creditori; per tal guisa si forma l'elenco dei creditori, il quale, come si è avvertito *in capite* di questo numero, non costituisce nè prova nè presunzione per la validità del credito, in causa del quale il creditore sia compreso nell'elenco. Però si domanda: il curatore dovrà iscrivere in quell'elenco tutti i creditori qualunque sia la data dell'accensione del loro credito verso il fallito? Dovrà, cioè, iscrivere nell'elenco anche i creditori che fornirono al fallito merci o danaro dopo che fu pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento od anche dopo la data che fissa l'epoca della cessazione dei pagamenti? L'articolo 707, che suscita tanto fervore di lotta nel campo della dottrina commerciale, stabilisce la nullità di pien diritto per tutti quegli atti ed operazioni del fallito fatti

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 267, n. 306.

dopo la sentenza dichiarativa del fallimento; parrebbe, quindi, che non dovessero considerarsi più come creditori quelle persone che si costituiscono in simile rapporto col fallito dopo tale sentenza: il loro credito, per regola, non può venire riconosciuto perchè vi si oppone il tassativo dettato della legge; dunque è come se il credito non esistesse e, questo distrutto, neppure esiste più la qualità di creditore nella persona che di quello è investita: ma non è il curatore quello che può fare atti che implicano una qualunque forma di verificazione di crediti; l'articolo 761 riserva questa funzione al giudice delegato, e il curatore deve limitarsi ad elencare il nome di tutte quelle persone le quali, materialmente, di fatto, se non di diritto, possono considerarsi creditori del fallito agli effetti del fallimento, per quanto non possano poi partecipare alla liquidazione e distribuzione dell'attivo. Ugualmente è a dirsi dell'applicazione che potrebbe avere l'articolo 709; anche per ciò che riguardi atti che possono ritenersi fatti in frode degli altri creditori, il curatore nè può, nè deve arbitrarsi alcuna esclusione di creditori dall'elenco.

Il curatore, quando ha compilato l'elenco e su quello indicato approssimativamente l'ammontare dei rispettivi crediti, è tenuto a depositarlo nella cancelleria del tribunale, dove rimane a disposizione del curatore stesso e del giudice delegato, come pure di tutti quelli che possono avere interesse ad esaminarlo (1). Ma appunto perchè l'elenco deve essere in qualche modo utile a coloro che possono aver interessi colla massa del fallimento, e questa utilità sarebbe meno sensibile qualora soltanto il nome del creditore vi fosse elencato, il legislatore volle che vi sia anche indicato l'approssimativo ammontare dei rispettivi crediti. Non si sa comprendere agevolmente perchè i crediti vi debbano essere indicati approssimativamente e non esattamente, pel loro ammontare. Il curatore, traendo le notizie ed indicazioni dal bilancio, dai libri, dalle carte del fallito o da informazioni coscienziosamente cercate, deve essere in caso di indicare, non solo approssimativamente l'ammontare dei crediti, ma precisissimamente; perchè l'approssimazione è il frutto di un apprezzamento personale del curatore, mentre la precisione è l'effetto dell'esame accurato del bilancio del fallito, dei di lui libri o carte, o, quanto meno, di quelle notizie coscienziosamente ricercate e valutate dal curatore: tanto più, che l'approssimazione non può essere relativa all'ammontare del credito, quale esso figura nell'azienda del fallito, dove il curatore lo imparò e da da dove lo trasse, ma soltanto, nella più arrischiata ipotesi, può essere relativa allo ammontare reale del credito quale tra fallito e creditore fu veramente costituito, ma poi non riprodotto sui libri o sulle carte del fallito.

Dunque, ripetiamo, la indicazione che la legge chiama approssimativa, dei rispettivi crediti, non si riesce a conoscere donde possa scaturire, ammenochè il curatore a bella posta, veduta la esatta indicazione del credito nei libri, bilancio, o carte del fallito, non lo sottoponesse ad una sorta di decimazione, ingiustificata, allora, ed assurda.

191. *Contenuto dell'invito fatto ai creditori.* — Fin qui abbiam parlato dell'obbligo del curatore di preparare l'elenco dei creditori e di mandare a ciascun d'essi, individualmente, una lettera-invito; ma cosa debba contenere questa lettera-invito, oltre l'avviso della convocazione della prima adunanza e l'invito ad intervenirvi, non si è, per anco, veduto. L'art. 744 dice che su quella lettera-invito il curatore deve indicare " le disposizioni della sentenza dichiarativa del fallimento, che riguardano la presentazione della dichiarazione dei crediti e la chiusura del processo verbale di verificazione „ dei

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol, I, pag. 267-268, n. 307; VIDARI, op. cit., pag. 385, § 4869.

crediti. In questa guisa il curatore viene completamente sostituito al cancelliere dell'abolito Codice di commercio.

Esaminiamo, quindi, più ampiamente quali sono le comunicazioni che nella lettera-invito il curatore fa ai creditori. Esse sono tutte in ordine ai crediti e si riferiscono alla sentenza dichiarativa del fallimento, emanata nelle forme e colle norme dell'articolo 691; il quale al n. 5° ordina al tribunale di " stabilire un termine, non maggiore di un mese, nel quale i creditori devono presentare nella cancelleria del tribunale le dichiarazioni dei crediti „; ed al numero 6°: " determinare il giorno e l'ora in cui sarà proceduto nella residenza del tribunale alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti entro i venti giorni successivi „. Sicchè il curatore comunica appunto, in quanto al disposto dell'articolo 691, n. 5, il giorno in cui, scaduto quel termine non maggiore di un mese, di cui parla questo numero 5, i creditori devono presentare nella cancelleria del tribunale le dichiarazioni dei loro crediti; e, in quanto al disposto del numero 6, comunica il giorno e l'ora determinati dal tribunale per procedere, nella residenza tribunalizia, alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. Altro non deve contenere la lettera-invito compilata dal curatore; ma nello stesso tempo deve contenere *assolutamente* queste indicazioni richieste dalla legge, e deve contenerle tutte; una mancando di esse, o la lettera-invito contenendo solamente l'invito a presentarsi alla prima convocazione dei creditori, senza le indicazioni dei numeri 5 e 6 dell'articolo 691 l'invito non è valido, perchè il creditore a cui si fa l'invito è solo dalla enunciazione di quei due *oggetti* dell'adunanza che può farsi l'esatto criterio della importanza di questa e della necessità, quindi, di parteciparvi. La lettera-invito può essere redatta sotto forma di circolare a stampa; e questo sistema, specialmente in un fallimento di grande entità, è indubbiamente più economico, e per tempo e per dispendio, della redazione di tutte le lettere-invito, mediante amanuense; senza contare la assoluta identità che si ottiene colla riproduzione a stampa in confronto della riproduzione manuale.

198. *L'elenco dei creditori e l'ingerenza del giudice delegato.* — Sul diritto che l'art. 744 accorda al giudice delegato di rettificare e completare l'elenco dei creditori depositato dal curatore nella cancelleria del tribunale leggiamo nel Vidari (1): " Intorno a cui (a questo diritto), diciamo il vero, non ci riesce d'intendere perchè, mentre l'elenco dei creditori dev'essere prima compilato dal curatore, si voglia poi che venga rettificato e completato, non già da esso, ma dal giudice delegato „. Sembra a noi, invece, che la ragione, e sufficiente, di questo disposto della legge vi sia: difatti il giudice delegato ha, prima di tutto, l'alta sorveglianza su tutta l'amministrazione del fallimento, sorveglianza che si attua mediante quell'ingerenza di fatto e di diritto che la legge commerciale gli accorda nell'azienda amministrativa; poi, è il giudice delegato che verifica i crediti ed in questa verifica può valersi dell'opera del curatore e della delegazione dei creditori; se ora si confrontano queste due facoltà di cui gode il giudice delegato si riesce alla conseguenza che, specialmente riguardo alla verificazione dei crediti, era necessario accordargli una ingerenza anche sugli atti del curatore che si possono chiamare una preparazione, quasi il preludio, alla verificazione stessa. Di più sarebbe molto probabile che il curatore, il quale ha compilato l'elenco e, in buona fede o in mala fede, ha lasciato sfuggire qualche inesattezza od ha fatta qualche omissione, non potesse o non volesse riconoscere l'errore incorso, e quindi

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 385, § 4569.

mettesse la massa patrimoniale in eventualità di liti intentate da creditori cui non fosse stato dato l'avviso di cui sopra si è parlato. Ma sopratutto questa disposizione del primo capoverso dell'art. 744 si combina col capoverso successivo dello stesso articolo; è quasi una misura preventiva sancita in favore dello stesso curatore, per evitargli i risarcimenti e le umiliazioni a cui può essere sottoposto per le omissioni o per le negligenze incorse, anche in buona fede, nella compilazione dell'elenco dei creditori. Assume, perciò, il disposto dell'art. 744, che il Vidari dice di non comprendere, un doppio carattere; quello di una cautela che può contemporaneamente giovare alla massa dei creditori ed al curatore; e quello di una preparazione necessaria, diretta ad evitare inutili dispendi di tempo e recriminazioni da parte dei creditori, per la verificazione dei crediti.

Ma come agirà il giudice delegato, per rettificare e completare l'elenco dei creditori compilato dal curatore? Si avvertano anzi tutto due cose: 1ª che il giudice delegato non è obbligato a fare sempre codesta rettifica e completazione; *può* farla; non *deve* farla: sicchè, se egli crede inutile quest'operazione prima della verificazione dei crediti, nessuno può obbligarvelo ed egli avrà agito in conformità alla legge ugualmente, come se fosse addivenuto alla rettifica ed alla completazione dell'elenco: 2ª che la ispezione dell'elenco dei creditori, anche se poi la sua esattezza non dà luogo a rettifica od a completazione, deve essere fatta dal giudice delegato all'atto della verificazione dei crediti; e ciò avviene, per la stessa forza delle cose, allora dell'esame dei documenti presentati al giudice delegato dai creditori secondo le forme stabilite per la verificazione dei crediti. Dopo questo vediamo di rispondere alla domanda che ci siamo diretta. Il giudice delegato che voglia ispezionare, ed al caso rettificare e completare, l'elenco dei creditori, non può a meno di rifare egli stesso il lavoro che ha fatto il curatore per la compilazione. Se dev'essere coscienzioso ed efficace, niun dubbio che il giudice delegato debba ispezionare libri, carte, documenti, bilancio del fallito, assumere informazioni dal fallito, dagli impiegati e commessi suoi, e da qualsiasi altra persona (articolo 730), confrontando poi il risultato di questo suo lavoro col risultato delle stesse operazioni fatte già dal curatore, e comprovato dalla compilazione dell'elenco; ed allora, nel caso della identità delle notizie estratte dai documenti del fallito e raccolte dalle informazioni orali col contenuto dell'elenco, le rettifiche e le completazioni non possono nè devono più aver luogo.

Di quale sorta saranno queste rettifiche e queste completazioni che il giudice delegato può fare? Niun dubbio che neppure il giudice possa, rettificando l'elenco, toglierne quei creditori i cui crediti siano nulli di pien diritto (art. 707) o presunti in frode dei creditori (art. 709); questa esecuzione nella massa dei creditori vien fatta al momento della verificazione dei crediti, quando tutti i creditori abbiano depositati i documenti che comprovano la loro ragione di credito, e questi sieno stati confrontati coi libri, le carte, il bilancio del fallito: si devono seguire per la ammessione o la reiezione dei crediti all'attivo della massa, le norme stabilite dal titolo terzo, capo primo di questo stesso libro del Cod. di commercio. Dunque le variazioni che il giudice delegato può introdurre nell'elenco dei creditori, giacchè le completazioni non possono avere altra manifestazione all'infuori dell'aggiunta di creditori, per avventura omessi nell'elenco compilato dal curatore, si devono ridurre all'aumento od alla diminuzione della somma esposta dal curatore, come base del credito di singoli creditori; od alla correzione di errori di data, di titolo, di causa dei crediti stessi; o ad errori d'attribuzione di crediti. Insomma la rettifica e la completazione non possono avere altro scopo se non quello di rendere

più preciso che sia possibile l'elenco, non solo riguardo alle persone che vi sono comprese, ma anche riguardo alla qualità ed entità delle loro ragioni di credito: quando l'elenco dei creditori sia, dopo il controllo del giudice delegato, veramente esatto, anche tutte le operazioni che da quello successivamente traggono origine riesciranno inappuntabili.

199. ***La omissione o la negligenza del curatore provocano una responsabilità di lui pei danni.*** — La responsabilità che grava sul gestore degli affari altrui e che, coll'istituto dei sindaci, nell'abolito Codice di commercio si divideva sui sindaci senza solidarietà, si portò necessariamente intera sul curatore del vigente Codice: anche quando per la particolare entità o difficoltà dell'amministrazione debba farsi aiutare da altre persone, la sua responsabilità non si scema, nè si divide, nè diventa solidale, ma gli si conserva integra, e quelle persone che lo coadiuvano nella amministrazione agiscono sotto sua responsabilità (art. 751).

Una prima applicazione di questo rigido principio si trova nel disposto dell'ultimo capoverso dell'art. 744, che dice: " in caso di omissione o di negligenza nell'adempimento dell'obbligo sopra indicato, il curatore è responsabile dei danni... ". Questo principio della responsabilità assoluta del curatore che, nel caso dell'art. 744, sembra essere applicabile solamente al curatore provvisorio, ma lo è poi, e sempre, anche al curatore definitivo, nasce dalla teoria di diritto comune, affermata e cifrata dall'ar. 1151 del Cod. civile, secondo la quale chiunque per un fatto suo arrecò danno agli altri è obbligato al risarcimento. Nel caso poi del curatore, per la sua qualità particolare di mandatario, la responsabilità assume quelle forme e quella energia particolare stabilite per l'esercizio del mandato; ond'è che il curatore, oltre la responsabilità generica pei danni secondo l'art. 1151 è gravato anche dalla responsabilità specifica stabilita dall'art. 1745 e più specialmente dall'art. 1746, capoverso, del Codice civile.

La legge austriaca sul fallimento, impone la nomina ad amministratore della massa " di un uomo integro, fidato ed esperto d'affari " (§ 76): egli poi dev'essere vincolato " per parte del commissario del concorso allo adempimento coscienzioso delle mansioni del suo ufficio con una stretta di mano " (§ 75); poi " nella sua gestione di affari deve egli impiegare la solerzia di un probo e diligente padre di famiglia e sulla sua amministrazione tenere e rendere esatto conto " (§ 76); esso è risponsabile degli affari che gerisce egli stesso, ma " non è risponsabile della gestione degli amministratori particolari . . . " che gli furono aggiunti per il facile disbrigo dell'amministrazione (§ 82). Qualora, però, l'amministratore della massa non adempisse debitamente alle sue incombenze, " può, sopra proposta del commissario concorsuale, essere richiamato dal tribunale del concorso al puntuale loro adempimento anche con pene pecuniarie (§ 80); può anche " lo stesso tribunale, sopra proposta del commissario del concorso, o della delegazione dei creditori, od anche d'ufficio, dimettere l'amministratore della massa dalla carica... " (§ 80).

La ordinanza germanica sul fallimento (1877) stabilisce che " il curatore deve impiegare, nella sua gestione le cure di un buon padre di famiglia " (§ 74); egli " è messo sotto la sorveglianza del tribunale del fallimento " (§ 75); ad ogni caso che se ne presenti la necessità " il tribunale può infliggere al curatore delle ammende fino a duecento marchi. Può, prima dell'assemblea dei creditori che segue la sua nomina, rilevarlo dalle sue funzioni, più tardi solamente sulla dimanda dell'assemblea o del comitato dei creditori. Però il curatore sarà inteso prima della decisione " (§ 76).

Per il Codice di commercio dei Paesi Bassi " immediatamente dopo la loro no-

mina, i curatori presteranno, innanzi al giudice delegato, il giuramento di adempiere fedelmente le funzioni che son loro affidate „ (art. 792) e nessun'altra disposizione contiensi in questo Codice relativamente alla responsabilità dei curatori; pei quali valgono le disposizioni comuni sancite sia civilmente che penalmente contro i mandatari ed in genere i gestori degli affari altrui.

Abbiamo veduto che, per quanto il curatore, sia provvisorio che definitivo, non sia, di regola, tenuto a prestar cauzione, tuttavia, concorrendo speciali motivi desunti dalla natura del patrimonio del fallito o dalle condizioni dell'amministrazione (articolo 721), il tribunale può imporgli tale obbligo fissando anche la entità della somma da prestarsi.

Allora, nel caso in cui il curatore, contro cui si possa intentare azione per risarcimento di danni, provenuti alla massa per la negligenza nella compilazione dell'elenco dei creditori, e per la omissione nello spedire ai creditori le lettere-invito, abbia prestato una cauzione, sarà su questa che i creditori del fallimento faranno valere le loro ragioni di risarcimento, quando, ben s'intende, il curatore cui i danni sono imputabili venga pure condannato civilmente alla rifusione di questi.

Nell'esecuzione, poi, che per la condanna al risarcimento, possono i creditori esercitare contro il curatore, questo è parificato a tutti i civilmente condannati al risarcimento di danni; cioè, il ricovramento della somma in cui furono i danni stabiliti, si ottiene colle norme e nelle forme dell'ordinaria procedura.

Anche al curatore gioveranno, per sgravarsi della responsabilità addossatagli dall'art. 744, i casi di forza maggiore, ed in genere tutte le altre giustificazioni accettabili in linea civile per provare che il danno non dipese dalla volontà, dalla omissione o dalla negligenza del curatore nel disimpegno del suo mandato, ma piuttosto da elementi estranei all'amministrazione ed all'amministratore, nè facilmente prevedibili, nè facilmente riparabili. Il capoverso dell'art. 744 parlando " dell'adempimento dell'obbligo sopra indicato „ si riferisce ad ambedue le parti di cui quest'obbligo si compone; anzi ai tre elementi che, per vero, quest'obbligo costituiscono; i quali ognun vede essere: I. La compilazione dell'elenco come è stabilito dall'articolo stesso 744; II. La spedizione dell'avviso a tutti i creditori indistintamente; III. Il deposito dell'elenco dei creditori nella cancelleria del tribunale. A qualunque di questi obblighi sia venuto meno il curatore; o comunque abbia usata poca diligenza nell'adempirli sia complessivamente che singolarmente, diventa applicabile il disposto dell'ultimo capoverso dello stesso art. 744. Sicchè se il curatore omise di spedire l'avviso a qualche creditore; oppure non comprese nell'avviso le indicazioni di cui parla quell'articolo; oppure non comprese nell'elenco qualche creditore; oppure nell'indicazione approssimativa del credito di un creditore esagerò in meno o in più che il vero; sarà per tutti e per ciascuno di questi casi tenuto responsabile a mente dell'art. 744 ultimo capoverso? Qui conviene distinguere. Senza dubbio la responsabilità morale, il biasimo che per ciò glie ne possa venire, ricadono su di lui, appena che uno dei fatti sopra esposti siasi avverato; ma per la responsabilità civile non è così: qui necessita che il danno sia stato realmente sentito dalla massa: il pericolo d'un danno, quando questo fu completamente scongiurato e quindi non s'avverò nessuna sorta di diminuzione, nel patrimonio del fallimento al caso nostro, o nessun impedimento al regolare andamento dell'amministrazione, non può essere mai base ad una domanda di risarcimento di danni; questi dovendo essere liquidi, cioè valutabili ed effettivi, non potendosi in questa materia parlare di danni morali, il curatore, la cui negligenza o le cui omissioni nel disbrigo degli

affari di cui parla l'art. 744, minacciarono un danno alla massa dei creditori, potrà essere privato dell'ufficio come non meritevole della fiducia dei creditori, ed a ciò provvedono, oltre che lo stesso articolo che esaminiamo, anche gli art. 719 e 720, ma non potrà mai chiamarsi a rispondere di danni, i quali solo esistono nella fantasia di chi l'azione dei danni promuove.

Qui si presenta una domanda: se le omissioni e la negligenza, nell'adempimento dell'obbligo tripartito di cui parla l'art. 744, primo e secondo alinea, potevano essere rimediate e corrette dal giudice delegato, mediante la ispezione a questo scopo attribuitagli, e di fatto lo furono, la responsabilità dei danni che potevano derivare da quelle terrà il curatore al risarcimento dei danni? Evidentemente no. Ma se, il giudice avendo ommesso, come ne era in pieno diritto, quella ispezione e quindi non avendo a tempo posto rimedio alla negligenza ed alle ommissioni del curatore, il danno divenne effettivo, la responsabilità diventa attuosa e il curatore è tosto tenuto al risarcimento; nè può allegare a scusa che quei danni non sarebbersi verificati se il giudice delegato si fosse valso dell'accordatagli facoltà; e neppure la scusa può valere, se i danni provennero da ciò che non poteva essere nè verificato, nè rettificato, nè completato dall'ispezione del giudice delegato; come se il curatore non abbia spedito la lettera-invito a qualche creditore e dall'opposizione di costui alla procedura del fallimento ne sia venuto danno alla massa dei creditori.

200. *Misure disciplinari contro il curatore provocate dalla omissione o dalla negligenza.* — Quando nel mandante venga meno la fiducia da esso riposta nel mandatario, rimedio ai danni che dalle cause provocatrici della sfiducia possono all'oggetto del mandato derivare, ed espressione insieme di codesta sfiducia, la legge accorda la revoca del mandato: salvi sempre al mandatario i diritti che verso il mandante in causa del mandato possono essere sôrti. Così la legge commerciale di tutti i paesi stabilisce, riguardo al curatore od ai sindaci del fallimento, l'esercizio di questo diritto di revoca o di destituzione da parte dei creditori o dell'autorità giudiziaria, che ha l'alta sorveglianza su tutta la procedura e la amministrazione del fallimento. Si è visto come, oltre la destituzione usata come pena, alcune legislazioni, la austriaca 1869, ad es., aggiungano anche pene pecuniarie, che vengono stabilite dal tribunale che pronunciò il fallimento; nella nostra legislazione la revoca del mandato, usata col carattere di pena, non toglie l'applicazione delle particolari disposizioni penali che l'art. 864 del Codice di commercio, capoverso, commina contro il curatore che siasi reso colpevole di negligenza.

Sulla destituzione del curatore, resa necessaria per la costui negligenza ed incuria nell'adempimento delle sue funzioni amministrative, devonsi seguire le forme procedurali stabilite in proposito dall'art. 720; cioè, sia che la destituzione venga domandata dai creditori, sia che il tribunale voglia attuarla d'ufficio, essa non può mandarsi ad effetto, se il curatore non fu " sentito in Camera di consiglio „; come già si è osservato, quest'obbligo di sentire in Camera di consiglio il rivocando curatore, fu dal legislatore imposto all'autorità giudiziaria, per un ossequio al principio della difesa che devesi accordare a chiunque contro cui fu portata una accusa e può fulminarsi una pena, sia pur questa solamente disciplinare: il curatore è accusato di negligenza nel disimpegno dell'obbligo suo: su questa accusa egli può essere anche perseguitato penalmente e punito con rigore; dunque a lui si accordi di allontanare da sè la gravità della colpa o del dolo che, nella negligenza che gli vien rimproverata, si vuol riscontrare. Sicchè la destituzione di cui parla l'art. 744 non si può applicare se non in contraddittorio coll'accusato, cioè col curatore.

Non è però un obbligo che il legislatore ha sancito coll'ultimo capoverso dell'articolo 744: che il curatore sia sempre responsabile dei danni che, eccetto il caso provato di forza maggiore, provengono alla massa patrimoniale del fallimento affidata alla sua cura per effetto della di lui negligenza, ciò non è a discutersi; ma che egli sia ugualmente meritevole di biasimo e di punizione per tale negligenza, ciò non sempre può essere consono all'indole stessa dei fatti; e per questo il legislatore ha stabilita una ben sensibile differenza tra la responsabilità civile del curatore e la responsabilità disciplinare, siane lecito chiamarla così, nella disposizione dell'art. 744, capoverso. Difatti " il curatore, dice questo capoverso, *è responsabile* dei danni e *può anche essere destituito* dal suo ufficio „; quindi le due disposizioni non si accompagnano necessariamente, ma l'applicazione della *pena* è abbandonata ai creditori ed all'autorità giudiziaria, che ponno valersi del loro diritto anche non usandone. Ed è pure da avvertire che, se la negligenza e l'omissione nell'adempimento degli obblighi fatti al curatore coll'art. 744, non ha recato alcun danno alla massa patrimoniale del fallimento e quindi la responsabilità sua pei danni svanisce, la destituzione del curatore dal suo ufficio può venir ugualmente applicata, allora più come misura di cautela che come pena disciplinare; perchè è troppo evidente, che un curatore, il quale nel primo e più semplice degli atti che lo mettono in comunicazione coi creditori, si dimostra negligente e trascurato, non possa godere più la fiducia dei creditori stessi; i quali argomentando da *minori ad majus*, riputeranno, giustamente, miglior consiglio allontanare dalla amministrazione del patrimonio di fallita un curatore che si dimostra incapace da bel principio (1).

—

Art. 745.

Qualora il fallito non abbia presentato il bilancio, il curatore deve formarlo prontamente cogli elementi da lui raccolti.

Se il bilancio fu presentato dal fallito, il curatore deve farvi le rettificazioni e le aggiunte che reputa necessarie.

Il bilancio, così formato o rettificato, è depositato nella cancelleria del tribunale.

Art. 746.

Se il fallito giustifichi di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di presentare il bilancio o i suoi libri di commercio nel termine fissato nell'articolo 686, il tribunale, ove sia escluso ogni dubbio di mala fede, può autorizzarlo, con provvedimento dato in Camera di consiglio, a presentare il bilancio entro un breve termine ulteriore, trascorso il quale

(1) Vedi il *Commento* all'articolo 720.

ha luogo l'applicazione dell'articolo precedente. A tale scopo il fallito può esaminare i suoi libri di commercio presso il curatore o presso la cancelleria.

Sommario.

201. *Sostituzione del curatore al fallito nella compilazione del bilancio.*
202. *Aggiunte e rettificazioni al bilancio presentato dal fallito, fatte dal curatore.*
203. *Il bilancio si deposita nella cancelleria del tribunale.*
204. *Autorizzazione del tribunale per concedere al fallito la presentazione del bilancio entro un breve termine ulteriore.*
205. *La esclusione della mala fede nel fallito.*
206. *Esame dei suoi libri di commercio fatto dal fallito per la formazione del bilancio.*

201. *Sostituzione del curatore al fallito nella compilazione del bilancio.* — Entro giorni tre dalla cessazione dei pagamenti, compreso quello in cui cessarono, deve il fallito farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione il debitore ha il suo principale stabilimento commerciale. La dichiarazione dev'essere accompagnata dal deposito del bilancio certificato vero, datato e sottoscritto dal fallito, e dei suoi libri di commercio nello stato in cui si trovano (art. 686 Cod. commercio). Quest'obbligo, che la legge commerciale impone al negoziante che abbia cessato di fare i suoi pagamenti in materia commerciale, non sempre è adempiuto dal commerciante; il quale, o fuggito, o, per la gravità della jattura che lo percuote, reso incapace di applicarsi alla formazione del suo bilancio di fallimento, finisce per non presentare il bilancio stesso come la legge gli prescrive; oppure, morto prima della dichiarazione del fallimento, o prima ancora che nella sua azienda commerciale si verificasse lo squilibrio finanziario, non potè presentare alcuna sorta di bilancio. Ma la procedura del fallimento e la amministrazione della massa patrimoniale di questo non potrebbero in verun modo farsi, quando il bilancio, che è la base di ogni operazione amministrativa del fallimento, non esistesse: allo scopo di costituire questo indispensabile strumento di amministrazione, il legislatore commerciale ha sancito che, qualora il fallito non abbia presentato il bilancio, il curatore deve formarlo cogli elementi da lui raccolti. Dunque la legge qui non scende ad esaminare le cause che possono aver occasionata la non presentazione del bilancio da parte del fallito; ciò che alla legge interessa è di rimediare a questa mancanza, qualunque sia la ragione che può avervi dato luogo (1).

Il curatore del fallimento, provvisorio o definitivo che sia, deve, dice la legge, formare prontamente il bilancio cogli elementi da lui raccolti. Subito si presenta la domanda: quali sono gli elementi che il curatore ha raccolti? Come e quando può aver raccolti elementi adatti a compilare il bilancio del fallimento? Sono i libri e le carte del fallito e le notizie che può raccogliere interrogando personalmente il fallito, dice il Calamandrei (2), o richiedendo l'intervento del giudice delegato per sentire i commessi ed impiegati di lui e qualunque altra persona, gli elementi di cui il curatore deve e può valersi per la formazione del bilancio. E sta bene. Ma come ha egli potuto esaminare i libri, le carte ed altri

(1) Non troviamo alcun commento del Vidari ai due articoli 745 e 746 nel *Corso di Diritto commerciale*, n. 1886, Milano, Hoepli, vol. VIII.

(2) Op. cit., pag. 269, n. 309.

documenti del fallito? come si può parlare di elementi raccolti dal curatore ed atti a formare il bilancio, quando tutte le disposizioni anteriori all'art. 745, che riguardano il bilancio, quella eccettuata dell'art. 712, partono dall'ipotesi che il bilancio sia stato presentato tempestivamente, e legittimamente formato, dal fallito stesso? La disposizione dell'articolo 730, che può portarsi come sostegno alla ipotesi formulata in quello stesso articolo dal legislatore, della non presentazione e deposito del bilancio, come lo prescrive al fallito l'art. 686, si riferisce assai più e meglio alla formazione e verificazione del bilancio, in quanto al modo con cui il fallito lo compilò e depositò poi alla cancelleria del tribunale; e invece, la ipotesi che il bilancio sia stato formato dal fallito e da questo depositato, la troviamo riconfermata dall'articolo 744, che impone al curatore di compilare l'elenco dei creditori e spedire loro l'avviso-invito per la prima adunanza, sulla scorta del *bilancio*, dei libri e carte del fallito, ecc. Di più, la ipotesi del Calamandrei sul modo di formazione del bilancio da parte del curatore e sulla qualità degli elementi di cui egli deve servirsi, sta fino a che si tratta di curatore definitivo; perchè il curatore essendo definitivo avrà dovuto passare alla rimozione dei sigilli (art. 740), senza di che nessuno può sottrarre ai sigilli i libri, le carte e gli altri documenti del fallito, una volta che i sigilli stessi vi siano stati apposti. Che se il curatore è provvisorio, — questa critica regge anche per quello che è sancito riguardo ai libri e carte del fallito dall'articolo 744, qui poi rinforzata dal fatto che questo stesso articolo ordina di nuovo l'apposizione dei sigilli, che si eseguisce a norma degli articoli 734 a 738 del Codice di commercio — allora non può più reggersi la ipotesi del Calamandrei, se non la si sostenga coll'altra ipotesi che il curatore provvisorio abbia assistito alla apposizione dei sigilli ed abbia chiesto, in virtù della mancanza di bilancio, che i libri di commercio e le carte del fallito non fossero sottoposti a sigillo (art. 737). In questo caso vale l'art. 745 colle sue disposizioni e sulla qualità degli elementi che devono servire al curatore per la formazione del bilancio non v'è dubbio; che se il curatore essendo provvisorio, nè avendo chiesta a tempo la sottrazione ai sigilli dei libri di commercio e carte del fallito, questi elementi non possano essere a sua disposizione, non si riesce a vedere come potrà il curatore provvisorio valersene per la formazione dell'inventario. A ciò non ha provveduto la legge, nè ha pensato mai la dottrina; sicchè può darsi il caso in cui, mancando il bilancio, non lo si possa formare, se non mettendo in non cale le precise disposizioni della stessa legge commerciale, che vieta la rottura dei sigilli a chiunque non sia il curatore definitivo. Comunque sia di ciò, il bilancio che viene formato dal curatore in sostituzione del fallito, dovendo essere identico a quello che il fallito stesso avrebbe dovuto presentare, non vi può essere dubbio che anche al curatore debbano soccorrere gli elementi tutti che al fallito avrebbero servito; quindi i libri di commercio, carte e documenti; e di più le informazioni che egli possa attingere interrogando il fallito stesso o quelli che furono suoi impiegati e commessi, o quelle persone che notizia alcuna possano dargli. Gli eredi, il coniuge superstite, i figli del commerciante, quando questi sia stato dichiarato fallito dopo la morte, o muoia dopo la dichiarazione del fallimento, hanno diritto di presentarsi, o personalmente o per mezzo di mandatario, alla formazione dello inventario; e tale diritto, assicurato loro dall'articolo 712 del vigente Codice di commercio nel caso in cui appunto il commerciante sia morto, sembra non possa estendersi al caso in cui il fallito non sia che assente o latitante. Invero la ragione che ha indotto il legislatore a sancire la disposizione dell'articolo 712, sembra dovesse favorire i parenti del fallito anche nel caso in cui il fallito sia soltanto non presente

all'atto della formazione del bilancio da parte del curatore. Perchè, come non può esservi dubbio che il fallito ha diritto di assistere egli personalmente alla formazione del bilancio (1), da lui non formato e non presentato, e che tale diritto si trasforma in un obbligo in certi casi (articoli 730 e 747), che si estende anche ai suoi parenti (art. 730, capoverso), così non riesce logica la esclusione che, per quanto non appaia nella lettera della legge, pure si sente meditata dal legislatore, dei parenti del fallito assente. È nell'interesse della massa, come in quello della famiglia del fallito, che la formazione del bilancio avvenga in contesto coi parenti di quello; perchè queste persone, appunto per la loro qualità, sono in grado di fornire al curatore, incaricato della formazione del bilancio, preziose notizie, indicazioni e dilucidazioni su vari punti che possono far nascere dubbi o presentare lacune circa la esattezza del bilancio. Vero è che il curatore, nella nuova operazione che gl'impone l'art. 745, potrà chiamare anche i parenti del fallito, dacchè può compulsare il fallito stesso, per avere da loro quelle notizie ch'egli può ritenere necessarie od indispensabili per rendere più sollecita la formazione del bilancio; ma è ben diverso che la facoltà sia accordata al curatore o al giudice delegato, i quali, così potranno anche valersene per lasciare fuori i parenti del fallito, da quello che se fosse accordata a codesti parenti, che potrebbero così, *invito curatore, aut judice*, assistere alla formazione del bilancio, rappresentando gli interessi del fallito sempre, ed, al caso, anche quelli che sieno loro personali. Noi avremmo desiderato che il legislatore, ogni volta che chiamò il fallito a partecipare a qualche atto dell'amministrazione del fallimento, ogni volta ai parenti del fallito avesse accordata la stessa facoltà, essendo quegli assente; allora, oltre che essere più consona a giustizia e più imparziale anche pel fallito, la procedura del fallimento avrebbe presentata maggior perfezione ed omogeneità; sarebbe stata un ottimo organismo, che non avrebbe mancato di funzionare egregiamente (2).

303. *Aggiunte e rettificazioni al bilancio presentato dal fallito, fatte dal curatore.* — L'articolo 745, che esaminiamo, il quale ha il suo riscontro nell'articolo 584 dell'abolito Codice di commercio italiano e nell'articolo 439 del vigente Codice di commercio francese, oltre ordinare al curatore la compilazione del bilancio nel caso che questo non fosse stato presentato dal fallito, il che abbiamo nel precedente numero illustrato, dispone che, nel caso in cui il bilancio sia stato presentato dal fallito, il curatore deve farvi le rettificazioni ed aggiunte che ritiene necessarie. Il caso più frequente, anzi il caso normale, è questo: che il fallito, avendo secondo le norme dell'articolo 686 presentato e depositato alla cancelleria del tribunale il proprio bilancio, al curatore più altro non rimanga, relativamente a quello, che rettificarlo, se ne è il caso, e farvi quelle aggiunte ch'egli ritenga necessarie. Il motivo di questa disposizione di legge è ben evidente; siccome la responsabilità dell'amministrazione e del suo buon andamento grava tutta sul curatore, — ed un esempio degli effetti di tale responsabilità lo si è veduto nell'articolo 744, — è troppo giusto che il curatore debba riconoscere quanto di vero evvi in ciò che il fallito ha innestato nel bilancio che presentò; quanto vi abbia inscritto di ciò che era tenuto a farvi apparire; e quanto ne abbia ommesso. Questa ispezione, che assume il carattere di una cautela, è poi coronata dall'esito suo, che è l'obbligo di fare al bilancio, riconosciuto monco od inesatto, tutte quelle rettificazioni ed aggiunte che siano necessarie

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 269, n. 309.

(2) Non possiamo a meno di deplorare che i più autorevoli commercialisti italiani e stranieri non siensi affatto occupati di questo punto.

per renderlo esatto, completo ed attendibile. E la legge non ha voluto che fosse una facoltà del curatore fare o meno le aggiunte riconosciute necessarie o le modificazioni constatate opportune; ma trattandosi di una così efficace garanzia, ha *ordinato* al curatore di far codeste aggiunte e rettificazioni. Però, l'apprezzamento della necessità di tali modificazioni da arrecare al bilancio fu lasciato intieramente all'arbitrio del curatore; unico freno, per stringere il curatore alla correzione del bilancio, rimanendo pur sempre la responsabilità gravata dalle sanzioni civili, disciplinari e penali sul curatore meno diligente ed avveduto nella amministrazione. Quindi, devesi ritenere che il curatore essendo sempre obbligato alla ispezione del bilancio presentato dal fallito per certificarne l'attendibilità o di questa l'intensità, non è però tenuto sempre a modificarlo; solamente quando reputa ciò *necessario*, dovrà farvi le opportune aggiunte e rettificazioni. E la necessità si presenterà ogni volta che, nella ispezione il curatore avrà potuto constatare inesattezze o lacune, che possano risultare dannose alla massa patrimoniale del fallimento. Come poi il curatore possa rilevare le inesattezze e lacune a cui allude il legislatore nell'articolo 745, secondo alinea, è chiaro: egli dovrà raffrontare il bilancio parte per parte coi libri di commercio, carte e documenti del fallito; e poi ancora assumere tutte quelle notizie che potrà avere sia interrogando il fallito stesso, che i suoi commessi ed impiegati, che qualsivoglia altra persona.

203. *Il bilancio si deposita nella cancelleria del tribunale.* — Valgono per il bilancio le stesse ragioni che militano in favore della deposizione dell'elenco dei creditori, compilato dal curatore, nella cancelleria del tribunale; così, in vista di metterlo a disposizione degli interessati o dei creditori, il legislatore ha ordinato che il bilancio, una volta formato o rettificato dal curatore, sia depositato nella cancelleria del tribunale.

Questo deposito non priva però il curatore del diritto di valersi dello stesso bilancio secondo i bisogni dell'amministrazione; solo non potrà asportarlo o trattenerlo presso di sè esclusivamente, in modo da rendere impossibile ai creditori, e per essi alla loro delegazione e al giudice delegato e al giudice istruttore, di valersene e di esaminarlo per tutti quei bisogni che possano averne (art. 686 e 696).

Convien però distinguere il caso in cui il bilancio sia formato dal curatore, perchè il fallito non lo presentò come era suo dovere (art. 686), dal caso in cui il bilancio sia stato depositato dal fallito e il curatore lo abbia solamente rettificato. Nel primo caso il deposito avviene allora per la prima volta; nel secondo caso, invece il deposito essendo già stato fatto debitamente dal fallito e solo essendo interrotto per il fatto del curatore, non è a considerarsi che avvenga ora *ex novo*, solamente si ripristina l'antecedente, il quale continua a gravare sul bilancio.

Al curatore è fatto obbligo di depositare il bilancio, quindi egli non può esimersene; e quantunque la legge qui non abbia fissato alcun limite di tempo, come invece aveva fatto pell'inventario dei libri di commercio del fallito, sottratti, su domanda del curatore, all'apposizione dei sigilli, ecc., tuttavia è a ritenersi, che anche il deposito del bilancio deve farsi dal curatore appena lo abbia formato o rettificato a seconda dei casi: il ritardo nel depositarlo, ed *a fortiori* il mancato deposito, verranno imputati al curatore come negligenza od omissione nel disimpegno de' suoi obblighi; e provocheranno gli effetti della responsabilità civile e le disposizioni penali o disciplinari che si sono esaminate nell'articolo 744, ultimo comma.

204. *Autorizzazione del tribunale per concedere al fallito la presentazione del*

bilancio entro un breve termine ulteriore. — Una disposizione gravissima, che colpisce il fallito il quale non abbia giustificata la mancanza di deposito del bilancio, è quella sancita dall'articolo 695 del vigente Codice di commercio. Ed è questa disposizione tanto più notevole in quanto che dà autorità giudiziaria penale ad un giudice civile, per quanto l'arresto del fallito ordinato dal tribunale civile debba eseguirsi a cura del procuratore del Re, cui l'ordinanza di cattura del fallito venne immediatamente trasmessa. Ma a questa esorbitante facoltà concessa al tribunale di commercio (oggi civile) oppone un correttivo l'art. 746 dello stesso Codice di commercio, in quanto che dispone, coordinandosi all'inciso " di non giustificata mancanza di deposito „, che qualora il fallito giustifichi di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di presentare il bilancio o i suoi libri di commercio nel termine fissato nell'articolo 686, il tribunale, ove sia escluso ogni dubbio di mala fede, può autorizzarlo, con provvedimento dato in Camera di consiglio, a presentare il bilancio entro un breve termine ulteriore, trascorso il quale ha luogo l'applicazione dell'articolo precedente.

Sicchè, la terribilità dell'articolo 695 viene mitigata dalla disposizione dell'articolo 746 in modo non solo da rendere inapplicabili quei provvedimenti penali colà minacciati, ma da mettere il fallito nella condizione di compilare egli stesso il proprio bilancio, rendendo così più regolare la procedura del fallimento. Come l'ordinare la cattura del fallito che non avesse depositato il bilancio era mansione del tribunale, così anche la concessione dell'ulteriore breve termine per formare e depositare il bilancio, dipende dal tribunale. L'autorizzazione è, però, subordinata alle condizioni seguenti: 1° che il fallito siasi trovato senza sua colpa nella impossibilità di presentare il bilancio; 2° che egli giustifichi questa impossibilità in cui afferma d'essersi trovato; 3° che, infine, ogni dubbio di mala fede sia escluso dalle giustificazioni tentate dal fallito. Concorrendo queste condizioni, nessuna delle quali deve mancare, il tribunale, con provvedimento dato in Camera di consiglio, concede al fallito un congruo termine, per quanto breve, entro il quale deve formare e depositare il bilancio. L'articolo 911 stabilisce che, per la pronunciazione del provvedimento preso dal tribunale in Camera di consiglio agli effetti dell'articolo 746, non occorre la relazione del giudice delegato.

Ed ora si presentano alcune questioni su codesto articolo 746. Anzi tutto a chi compete di proporre la concessione di un termine ulteriore per la presentazione del bilancio? è il fallito stesso che ne fa domanda al tribunale, od è il tribunale che d'ufficio delibera il provvedimento? Il Calamandrei (1) non dubita d'affermare che è il fallito che deve far domanda, e che il tribunale non può, d'ufficio, proporre alcuna concessione di termine più breve per la presentazione del bilancio. Ma l'art. 746 non lascia, per vero, modo alcuno a codesta interpretazione, la quale, forse dallo spirito non dal contesto letterale dell'articolo, può scaturire. Certo che, il fallito essendo la persona realmente interessata, anzi l'unica interessata, a scongiurare l'applicazione dell'art. 695, che sarebbe un vero flagello per lui, è anche la sola persona che abbia obbligo di domandare l'applicazione dell'art. 746: *ipse faciat cui prodest* dice l'aforisma latino, alquanto modificato; quindi la persona a cui giova il provvedimento s'interessi a provocarlo. Ma alle volte questa stretta applicazione unilaterale del principio sancito dall'art. 746, che nella sua più ampia formula è diretto a giovare comunque al fallito, che nessun atto inonesto può rimproverarsi, potrebbe essere di nocumento alla persona che si volle beneficare; il fallito, ben di spesso moralmente annientato dalla jattura

(1) Op. cit., vol. I, pag. 270, n. 312.

che lo trasse al naufragio della sua azienda, non può pensare nè alla formazione del bilancio, nè al deposito di questo nel termine legale: nè al rimedio che il legislatore gli ha offerto per sottrarsi alle gravi sanzioni dell'articolo 695: e allora per causa sola di quella atonia morale e fisica che lo ha colpito, il fallito oltre che finanziariamente, può essere anche rovinato nella sua onestà. Quindi non pare esagerato il dire che anche il tribunale, se d'ufficio non può pronunziare il provvedimento di cui parla l'articolo 746, perchè il fallito vi ha parte dovendo pure giustificare la mancanza del deposito del bilancio, pure può benissimo prendere d'ufficio l'iniziativa del provvedimento, provocando dal fallito la domanda per l'applicazione dell'articolo che si esamina.

Quali saranno, ora, le giustificazioni che il fallito potrà o dovrà portare a coonestare l'inadempimento dell'obbligo fattogli dall'articolo 486 del Codice di commercio? Non solo il fallito deve essersi trovato nella impossibilità di formare l'inventario, ma deve poter giustificare codesta impossibilità; quali saranno i modi concessi al fallito per riuscire a codeste giustificazioni ed alla prova evidente della impossibilità? Non v'ha dubbio che qualunque mezzo dev'essere concesso al fallito; ma i mezzi ch'egli potrà avere a proprio servizio per raggiungere lo scopo che si prefigge devono valere: prima a provare che impossibilità vi fu; poi, che esistendo questa impossibilità non era possibile in nessuna maniera al fallito di vincerla. Non basterebbe quindi che il fallito desse la prova che per lui era affatto impossibile il formare il bilancio; ma per ottenere a proprio favore l'applicazione dell'articolo 746, che si fonda evidentemente sull'aforisma *ad impossibilia nemo tenetur*, deve anche dimostrare i caratteri, salienti almeno, di questi ostacoli, che gli tolsero di poter ottemperare alle prescrizioni dell'articolo 686. I quali ostacoli debbono poi essere di natura tale da presentarsi realmente insuperabili in quel determinato momento non solo dal fallito instante, ma da qualsiasi altra persona che si fosse trovata in quel frangente. Per quanto le giustificazioni che il fallito può dare debbano supporsi per la maggior parte soggettive, ciò nulla meno non può il tribunale abbandonare assolutamente qualunque tentativo per avere dal fallito anche giustificazioni oggettive; perchè codeste hanno, certamente, un più solido valore di quelle che si riducono, più che ad altro, ad una illustrazione della debolezza od impressionabilità del fallito.

Il legislatore poi lascia luogo ad una curiosa questione: egli dice che " se il fallito giustifichi di essersi trovato *senza sua colpa* nella impossibilità di presentare il bilancio..... „ potrà ottenere dal tribunale la concessione di cui si parla (art. 746). Dunque non è offerto al fallito il solo modo di giustificazione presentato dall'esposizione degli ostacoli soggettivi alla formazione del bilancio, inerenti al suo stato d'animo o alle condizioni del momento: egli potrà anche mostrare che vi furono ostacoli *positivi*, che gli tolsero la possibilità di formare il bilancio; potrà mostrare ch'egli fu vittima dei soprusi altrui diretti allo scopo di nuocergli, mettendolo nelle condizioni di cui parla l'articolo 695, provando quindi, che, essendovi colpa nella mancata formazione e presentazione del bilancio, questa colpa grava su altri e non su lui; ed anche all'infuori di questa ipotesi, al fallito gioverà sempre la presentazione in prova, di un caso di forza maggiore che creò appunto la impossibilità di cui parla l'articolo 746.

La legge non distingue il caso, in cui il bilancio essendo stato formato non sia stato depositato dal fallito nella cancelleria del tribunale, dal caso, in cui il bilancio non sia stato nè formato, nè presentato. Non v'ha dubbio che l'importanza delle due operazioni che si richiedono dal fallito è identica e quindi si applica l'articolo 746 sia nel caso in cui manchi solamente il deposito del bilancio, diggià formato, che nel caso in cui

il deposito manchi perchè il bilancio non venne compilato.

Si avverta però che tra l'articolo 695 e l'articolo 746, riguardo alle disposizioni che si coordinano intorno al bilancio, vi ha una notevole differenza: in quanto che, l'articolo 695 parla della mancanza di deposito del bilancio, la quale non sia giustificata; e invece l'articolo 746 sembra più particolarmente riferirsi alla mancata formazione; tanto che, allo scopo di formare il bilancio, concede al fallito di esaminare i suoi libri di commercio presso il curatore o presso la cancelleria. Ed è appunto dalla diversa tendenza dei due articoli, che, coordinandoli si può concludere che le loro disposizioni sono rispettivamente applicabili e al caso in cui il bilancio fu formato, ma non depositato, e al caso in cui non fu nè formato, nè depositato.

Ora si presenta una questione che ha certamente una innegabile importanza.

L'articolo che esaminiamo impone, nel caso in cui, trascorso il termine ulteriore concesso al fallito per la formazione del bilancio, questo non sia stato formato e presentato, " l'applicazione dell'articolo precedente „; il quale dispone, come si è visto, che il curatore formi egli stesso il bilancio e poi lo depositi.

Ma questa disposizione di legge come si applica? e l'art. 695, di cui vedemmo la sostanza, interverrà in questo caso? Non v'ha dubbio che l'articolo precedente, a cui allude l'art. 746, è l'art. 745; e non v'ha dubbio che quest'applicazione ha per iscopo di rimediare alla mancanza del bilancio, cui il fallito nè a tempo debito, nè in quel termine che gli fu ulteriormente fissato, seppe ovviare. Ma la concessione fatta al fallito di presentare il bilancio in un termine fissatogli dal tribunale, ha reso inapplicabile l'art. 695 il quale provvedeva a punirlo per la inosservanza delle prescrizioni di legge: quindi, ecco la questione che verte intorno alla applicabilità dell'articolo 695 dopo che, in base all'art. 746, il tribunale, in luogo di far procedere all'arresto del fallito, gli aveva concesso di rimediare, tardivamente, alla mancanza del bilancio non tempestivamente presentato.

Noi non dubitiamo, e in ciò siamo soli, chè nessun commentatore e nessuna giurisprudenza ha trattata la questione, di affermare che l'articolo 695 non può più essere applicato; e le ragioni della nostra affermazione così esponiamo. Lo art. 695 investe il tribunale, che ha pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento, della facoltà di ordinare contemporaneamente a quella sentenza o *successivamente* la cattura del fallito quando egli non abbia, nei termini dovuti, presentato e depositato il bilancio. Dubbio, quindi, sul tempo in cui il tribunale può valersi di questa facoltà: epperò da questo lato la cattura del fallito potrebbe essere ordinata anche poi che l'art. 746 fu applicato, ma il fallito non fu puntuale nella presentazione del bilancio.

Però scompare tosto questa applicabilità dell'art. 695 quando si coordinano le disposizioni e gli estremi che, secondo questo articolo, possono far catturare il fallito, colle disposizioni e gli estremi che si richiedono perchè il fallito ottenga un termine ulteriore a quello stabilito dell'articolo 686.

Contro il fallito, il quale può essere catturato, è necessario sorgano sufficienti indizi di penale responsabilità specialmente nel caso di *non giustificata mancanza di deposito del bilancio:* se questi indizi, quindi, non sorgono, se la mancanza di deposito del bilancio fu giustificata, non si potrà più ordinare la cattura del fallito; e precisamente è per la giustificata impossibilità di presentare il bilancio che, escluso ogni dubbio di mala fede, il tribunale ha potuto concedere al fallito la presentazione del bilancio in termine ulteriore, che fu reso applicabile il disposto dell'art. 746. Dunque così è provata la inapplicabilità dell'art. 695, per quanto la materiale mancanza della

formazione e presentazione del bilancio da parte del fallito siasi verificata (1).

Un'altra considerazione è a farsi circa la espressione del legislatore per il breve termine ulteriore concesso al fallito; trascorso questo termine, senza che il fallito abbia presentato il bilancio, procede alla sua formazione il curatore (art. 746-745). Presa così alla lettera questa disposizione non lascia al fallito nessuna via d'uscita; o egli presenta entro quel termine il bilancio o non lo presenta più: ma si può ammettere una così ristretta e rigida interpretazione del disposto di cui si discorre? Noi crediamo che se il fallito, avendo già intrapresa, appena avutane autorizzazione, la formazione del bilancio, non lo abbia ancora ultimato quando cade il termine concessogli dal tribunale per la presentazione, possa presentarlo ancora entro il più breve tempo possibile non però oltre un periodo più lungo del precedente: certo che l'autorizzazione a ciò deve venire dall'autorità giudiziaria, e forse dal giudice delegato, per una estesa interpretazione che si potrebbe dare all'art. 730: tale interpretazione che noi diamo dell'art. 746 ci sembra consona al principio che abbiamo visto informare tutta la procedura del fallimento nel vigente Codice di commercio; principio che si manifesta quasi nella massima inglese " *time is money* „; tanto più che, vedemmo costantemente raccomandata dal legislatore, nei motivi del Codice, la economia di tempo e di danaro.

Quanto al periodo di tempo che costituisce il breve termine ulteriore da concedersi al fallito, la fissazione ne è completamente affidata al tribunale; che, presa conoscenza della importanza e delle circostanze speciali del fallimento, potrà fissarlo più o meno esteso, ma in modo da assicurare al fallito la possibilità di formare il bilancio con precisione e chiarezza nel termine che gli fu concesso.

205. *La esclusione della mala fede nel fallito.* — Come la mala fede è il fondamento " d'ogni malizia ch'odio in cielo acquista „, così un fatto per disposizione di legge illecito perde il suo carattere di illicitezza a scopo di pena quando gli manca il substrato della mala fede, quando manchi cioè l'elemento intenzionale, l'*animus peccandi* o l'*animus nocendi* a seconda della intensità del reato. Nel caso contemplato dal legislatore commerciale nelle sanzioni penali fulminate dall'art. 695, il fondamento della pena afflittiva a cui può essere sottoposto il fallito, è la intenzione non tanto di arrecare ad altri un danno, *animus nocendi* quanto quella di mancare all'ingiunzione della legge, *animus peccandi;* e la mala fede in quest'atto della non presentazione del bilancio è sempre supposta dal legislatore; come lo dimostra la disposizione dell'art. 695 che parla di giustificata mancanza, tuttavia senza pregiudizio di altre cause di reità, e la disposizione dell'art. 746 che solamente sulla prova, data dal fallito, della assenza di colpa da parte sua nel non adempimento del deposito del bilancio, ammette il fallito al beneficio della presentazione del bilancio in un termine ulteriore che non è quello fissato dall'art. 486. Ora siccome questa presunzione di colpa che il legislatore ha messa a base delle disposizioni dell'art. 695, necessita, per la disposizione dell'art. 746, di essere sgominata da parte del fallito al quale lo stesso articolo 746 è diretto a giovare, non v'ha dubbio che è solo il fallito gravato dall'onere della prova; la quale non deve rivolgersi tanto a constatare la buona fede che era in lui nel non fare e

(1) Rimane sempre inteso che anche in questa fase della procedura del fallimento, se il fallito venga dubitato gravemente di bancarotta; se, cioè sorgano prove o possenti indizi di reati, da parte sua, nel fallimento, potrà esserne ordinata la cattura, e la procedura a seguirsi sarà allora quella che è stabilita dall'art. 197 Codice procedura penale. Cfr. BOLAFFIO, questo stesso *Commento*, n. 36, pag. 83-84; e SACERDOTE, voce " Fallimento „ nell'*Enciclopedia giuridica*, Vallardi, Milano.

presentare a tempo il bilancio, quanto ad escludere che nel non fare tali atti egli agisse in mala fede; vero è che negli effetti le due qualità di prova si equivalgono essendo la stessa cosa (1), in estrema analisi, il provare che un determinato atto non è intinto di malafede, come il provare che quell'atto è fatto in buona fede; la legge, quindi, lascia al fallito quella maggior ampiezza nella scelta dei mezzi di prova che può essere desiderabile, ad essa interessando sopratutto, che il fallito distrugga la ipotesi che costituisce in figura delittuosa la non avvenuta presentazione del bilancio (2). La energia delle apprestate prove deve poi essere tale da allontanare dall'atto del fallito " ogni dubbio di mala fede „; cioè, deve aggiungere quel massimo di intensità e di evidenza oltre il quale non è possibile andare; ed è in questo caso che forse gioverà assai più al fallito la prova data della propria buona fede, che le accumulate prove della non usata mala fede. Questa estrema meticolosità della legge nel richiedere che perfino il dubbio della mala fede venga allontanato dagli atti del fallito, va intesa nel senso che la prova debba essere non solo piena materialmente, ma moralmente ammissibile ed efficace; tale cioè da non lasciare nell'animo dei giudici, che devono accordare l'autorizzazione alla tardiva presentazione del bilancio, neppure la più tenue ombra sulla possibilità che il fallito abbia agito in mala fede. Qui si potrebbero proporre molti dubbi sulla qualità della mala fede che potrebbe aver usata il fallito, sulla qualità della buona fede che può aver diretta la sua astensione da quegli atti che era in obbligo di fare. Certo è che non avrà valore di sorta la buona fede del fallito quando egli la fondasse sulla sua ignoranza del disposto dell'articolo 686; perchè, per quanto noi riteniamo che questa ignoranza oggettiva della lettera e della cifra della legge dovrebbe essere ammessa, tuttavia nessun dubbio può più agitare la questione quando si ricorra all'aforisma " *ignorantia legis neminem excusat* „; aforisma che, nato dal bisogno di costringere tutti ad una legge universale morale, che è quella fondata nel rispetto reciproco delle persone e dei beni tra i membri tutti dell'umana società, legge della quale non si può ammettere l'ignoranza essendo insita nell'uomo civile la precisa coscienza de' suoi doveri sociali, fu esteso, erroneamente, alla conoscenza aritmetica della legge positiva; alla distinzione del bene o del male in tutte quelle minute suddivisioni, nelle quali la mente del legislatore ha creduto coglierne le manifestazioni; a un disperato esercizio memnotecnico che si fa ogni volta più difficile per la mostruosa congerie di leggi che sgorga, ininterrotta fonte, dall'esercizio del potere legislativo nelle nostre forme politiche di reggimento. Esclusa la buona fede del fallito quando sia fondata sull'ignoranza del disposto della legge che riguarda la presentazione del bilancio (articolo 686), anche perchè egli, come negoziante, è tenuto alla precisa cognizione della legge commerciale, non rimane altra via al fallito che di provare la assoluta impossibilità in cui egli si trovò di adempiere tempestivamente agli obblighi fattigli dalla legge; e queste prove potranno essere da lui portate coi mezzi soliti della prova, quindi tanto con documenti che con testimoni ed in quella larghezza che, senza essere esagerata, può sembrare sufficiente al tribunale.

(1) Cfr. PESSINA, *Opuscoli di diritto penale;* BORSANI e CASORATI, *Il Codice di procedura penale commentato*, vol. I.

(2) Trattando dei reati in materia di fallimento, e specialmente della Bancarotta, sarà svolta completamente questa parte, con particolare riguardo alla potestà, fatta al giudice civile, di toccare al provvedimento penale, potestà che si deve fin da ora ritenere, come già avvertì più addietro il Bolaffio, una forma di *potestas capiendi*, ben diversa quindi dalla *potestas detinendi*, esercibile contro il fallito.

206. *Esame dei suoi libri di commercio fatto dal fallito per la formazione del bilancio.* — L'art. 746, che non ha riscontro nelle legislazioni straniere di commercio che nell'art. 803 del Codice di commercio neerlandese (1), dispone che il fallito, al quale fu concesso di presentare in un breve termine ulteriore il bilancio, possa, allo scopo di redigerlo, esaminare i suoi libri di commercio presso il curatore o presso la cancelleria. Il bisogno di consultare quei libri, che esiste nel solo caso in cui il bilancio non presentato, neppure venne dal fallito compilato, è giustificato dalla necessità di stabilire nel bilancio lo stato d'attivo e di passivo dell'azienda commerciale così come realmente si trovano all'epoca della cessazione dei pagamenti e conformemente alla tenuta dei libri stessi di commercio. Si avverta che il legislatore ha concesso come facoltà al fallito, beneficato dal disposto dell'art. 746, la consultazione dei suoi libri di commercio; sicchè sembra che qualora egli possa redigere il suo bilancio senza valersi de' suoi libri di commercio, sia completamente libero di farlo. Questa interpretazione del disposto che ora esaminiamo, se è conforme alla lettera della legge, o meglio al valore dei vocaboli usati dal legislatore, è, tuttavia, ostica assai ad accettarsi. Giacchè una volta che fu concesso al fallito di compilare il bilancio in un termine che non è quello dell'articolo 684, non si doveva supporre dal legislatore che tale compilazione potesse farsi senza valersi dei libri di commercio e degli altri documenti che formano le prove dell'azienda commerciale. Quindi, il fallito deve essere *obbligato* a valersi dei suoi libri di commercio, com'è obbligato, quando abbia ottenuta la autorizzazione, a passare alla compilazione del bilancio ed a presentarlo in quel termine ulteriormente concesso. Ond'è che, per la relazione che esiste tra il modo da seguirsi nella formazione del bilancio, e la concessione di formare e presentare il bilancio stesso in epoca intempestiva, se è una facoltà quella che si concede riguardo alla consultazione dei libri di commercio, dovrebbe essere pure facoltà quella di valersi dell'autorizzazione concessa per l'articolo 746; che se invece l'autorizzazione obbliga il fallito ad addivenire alla compilazione del bilancio, come si è potuto assegnare il carattere di facoltà alla autorizzazione di servirsi dei propri libri di commercio, fatta al fallito? Forse in contemplazione del caso in cui il fallito avesse diggià compilato il bilancio e solo non lo avesse a tempo debito presentato? Ma a questo caso, pel quale certo è inutile qualsiasi consultazione di libri, non può far allusione il disposto dell'articolo 746; quindi in ciò non può trovarsi scusa alla locuzione equivoca della legge. Sicchè noi insistiamo nel dire che doveva farsi obbligo al fallito di consultare i suoi libri di commercio, e non facoltizzarlo a valersene od a non valersene.

La distinzione fatta dall'articolo 746 sulla consultazione dei libri presso il curatore o presso la cancelleria, ha la sua origine nella disposizione dell'articolo 737; il quale, come si è veduto, autorizza il curatore a sottrarre i libri di commercio del fallito alla apposizione dei sigilli, ed a farseli consegnare dal giudice delegato per un determinato tempo allo scopo di servirsene pei bisogni della amministrazione; e questo articolo poi, in ordine alle disposizioni contenute nell'articolo 686, circa l'obbligatorio deposito dei libri nella cancelleria del tribunale, nella cui

(1) Art. 803: Se il fallito non avesse preparato ancora il suo bilancio, vi dovrà procedere o in persona, o per mezzo di un rappresentante, in presenza dei curatori o d'una persona da essi delegata. In tal caso il fallito o il suo rappresentante sono ammessi, sotto la sorveglianza dei curatori, a far uso dei libri e carte senza che possano essere trasportati, se non col permesso del giudice delegato.

giurisdizione avvenne il fallimento (1), stabilisce che trascorso il termine fissato dal giudice delegato al curatore per trattenere presso di sè i libri del fallito, questi " devono essere depositati e restare inamovibili nella cancelleria sino alla chiusura del fallimento..... „ ond'è che il fallito non può asportare i libri, sia che si trovino presso la cancelleria del tribunale, sia che si trovino presso il curatore; e da questa diversità di luogo dove possono trovarsi i libri di commercio ha origine la distinzione fatta dal legislatore nell'ultimo periodo dell'art. 746.

—

Art. 747.

Il curatore deve chiamare presso di sè il fallito per esaminare i libri, riconoscerne il contenuto, accertarne lo stato, chiuderli e firmarli in sua presenza.

Se il fallito non si presta all'invito, è citato a comparire entro quarantott'ore al più tardi dinanzi al giudice delegato.

Il fallito che si trova in istato d'arresto o che non ha ottenuto un salvocondotto può essere autorizzato dal giudice delegato a comparire per mezzo di mandatario.

Art. 748.

Il curatore provvisorio deve esigere i crediti del fallito colle speciali cautele che gli vengono prescritte dal giudice delegato, e darne quietanze.

Egli deve fare tutti gli atti conservativi dei diritti del fallito contro i suoi debitori e prendere le iscrizioni ipotecarie che non fossero state prese sopra i loro beni immobili.

Le iscrizioni sono prese in nome della massa, e alle note si aggiunge un certificato del cancelliere del tribunale di commercio, dal quale sia provata la nomina del curatore.

Il curatore definitivamente nominato continua l'esazione dei crediti sotto la sorveglianza della delegazione dei creditori.

Art. 749.

Le lettere e i telegrammi diretti al fallito devono essere consegnati al curatore, il quale è autorizzato ad aprire sì le une che gli altri; il fallito può assistere all'apertura, e qualora il contenuto delle lettere e

(1) Cfr. BOLAFFIO, questo stesso Commento, n. 15, pag. 41-42; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 268-70; NAMUR, *Code de commerce Belge*, vol. III, § 1614.

dei telegrammi non riguardi i suoi interessi patrimoniali può chiederne la consegna. Il curatore deve conservare il segreto.

Art. 750.

Il curatore anche provvisorio può essere autorizzato dal giudice delegato a vendere le cose soggette a deterioramento o ad imminente diminuzione di valore e quelle di dispendiosa conservazione; ed a continuare l'esercizio del commercio del fallito, se non può essere interrotto senza danno dei creditori.

Le forme e le condizioni della vendita, e le cautele necessarie per la continuazione del commercio, sono determinate dal giudice delegato.

L'ordinanza è provvisoriamente esecutiva, ma è soggetta a richiamo quanto all'autorizzazione di continuare l'esercizio del commercio.

Art. 751.

Il curatore deve trattare personalmente tutti gli affari del suo ufficio, se non sia autorizzato dal giudice delegato a farsi rappresentare da altri, per singole operazioni, a sue spese. Egli può inoltre essere autorizzato dal giudice delegato, sentita la delegazione dei creditori, ove circostanze particolari lo richiedano, a farsi coadiuvare nell'amministrazione, sotto la sua responsabilità, da una o più persone stipendiate.

Può anche essere autorizzato ad impiegare il fallito per facilitare la sua amministrazione, e in tal caso le condizioni della prestazione d'opera del fallito sono determinate dal giudice delegato.

Nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti i creditori devono deliberare sulla continuazione delle facoltà concesse al curatore, o sulle modificazioni che si crederanno opportune.

Sommario.

207. *Specificazione dei doveri del curatore. — Curatore provvisorio e curatore definitivo.*
208. *Il fallito renitente citato dal giudice delegato.*
209. *Il fallito in istato d'arresto o non provvisto di salvocondotto, compare per mezzo di mandatario.*
210. *Riconoscimento, esame ed accertazione dei libri di commercio da parte del fallito. — Loro chiusura.*

211. *L'esazione dei creditori da parte del curatore provvisorio. — Osservanza delle cautele prescritte dal giudice delegato.*
212. *Gli atti conservativi fatti dal curatore provvisorio contro i debitori del fallito. — Nuove iscrizioni ipotecarie in nome della massa.*
213. *Certificato del cancelliere che prova la nomina del curatore.*
214. *Esazione di crediti continuata dal curatore definitivo. — La sorveglianza della delegazione dei creditori.*
215. *Il curatore riceve e legge la corrispondenza del fallito.*
216. *Il fallito assiste all'apertura della corrispondenza e chiede la consegna di quella che non riguarda la gestione patrimoniale.*
217. *La violazione del segreto epistolare. — Il rimedio proposto dal legislatore commerciale.*
218. *L'autorizzazione del giudice delegato per la vendita delle cose che* servando servari non possunt.
219. *La continuazione del commercio del fallito. — L'industria del fallito è il suo commercio.*
220. *Il giudice delegato determina le forme, le cautele e le condizioni della vendita e della continuazione del commercio.*
221. *L'ordinanza del giudice delegato, quantunque provvisoriamente esecutiva è soggetta a richiamo.*
222. *Il curatore, per eccezione e coll'autorizzazione del giudice delegato, può amministrare per mandatari retribuiti da lui stesso.*
223. *Gli* aiutanti *non assumono la responsabilità civile dei loro atti. — Chi stipendia codesti aiutanti del curatore?*
224. *Il fallito può essere scelto a coadiuvare il curatore. — Condizioni della sua prestazione d'opera fissate dal giudice delegato.*
225. *Deliberazione dei creditori intorno alla concessione, circa le modalità dell'amministrazione, fatta al curatore.*

201. *Specificazione dei doveri del curatore. — Curatore provvisorio e curatore definitivo.* — Le funzioni amministrative del curatore vengono man mano specificate per ciò che riguarda gli atti preliminari necessari all'impianto di una eccellente amministrazione della massa patrimoniale del fallimento. Atti conservativi, atti cautativi, atti veramente amministrativi si seguono e si intrecciano in questi primi momenti, tutti palesemente diretti allo scopo di togliere gli ostacoli che si possano opporre o al retto funzionamento dell'amministrazione, o all'interesse dei creditori; quindi, come per un lato è chiamato il fallito all'ispezione dei suoi libri di commercio, nel doppio intento di dare tutti quegli schiarimenti che il curatore potesse ritenere necessari od utili per l'amministrazione, e di costringere il fallito, con riconoscere ed accettare lo stato di quei libri, a rinunciare a tutte le ulteriori opposizioni che avrebbe potuto sollevare contro l'amministrazione: per l'altro lato il curatore, sia provvisorio che definitivo, appena entrato in ufficio pone mano alla confezione di tutti quegli atti che sono richiesti dalle condizioni della massa patrimoniale del fallimento, specialmente allo scopo di aumentarla o di impedirne diminuzioni, provenienti sia da rapporti di diritto che da condizioni di fatto.

In quest'ordine di atti era ben naturale che non dovesse farsi dal legislatore alcuna distinzione tra il curatore interinale e il curatore definitivo: il lungo periodo di tempo che può intercedere tra la nomina del curatore provvisorio (art. 691) e l'accettazione del mandato amministrativo da parte del curatore definitivo (art. 718), rendeva necessaria, in certi bisogni dell'amministrazione

una completa ingerenza del pretore e del curatore provvisorio, su tutti i congegni amministrativi; e per questo il legislatore ha imposto in alcuni atti, e in altri ha concesso, al curatore interinale di fare tutti quegli atti che fossero utili od indispensabili alla massa patrimoniale per conservarla nella sua entità. Sicchè il curatore definitivo, quando abbia accettato il conferitogli mandato, ben di spesso non è che il continuatore del sistema amministrativo inaugurato dal curatore interinale; e lo è per disposto tassativo della legge in alcuni casi, per forza delle cose in altri ed infine per suo stesso interesse il più delle volte. Si vede da ciò che l'amministrazione del fallimento comincia appena vi è un gerente di codesta amministrazione, senza riguardo alla qualità di codesto gerente per ciò che tocca la durata del mandato che gli vien affidato.

208. *Il fallito renitente citato davanti al giudice delegato.* — Nel precedente numero abbiamo cercato di delineare la fisionomia delle cause e dello scopo che influirono a stabilire la sanzione dell'articolo 747, riguardante il fallito. La presenza di costui è richiesta per l'ispezione, il riconoscimento, l'accertazione, la chiusura e la firma dei suoi libri di commercio, fatte dal curatore. E la legge considera tanto importante, tanto indispensabile pel funzionamento dell'amministrazione codesta presenza del fallito, che trasforma l'invito del curatore, che non valse ad ottenerla, in una citazione *brevissimo tempore*, intimata al fallito stesso per autorità giudiziaria. L'abolito Codice del 1865, così come il Codice francese di commercio attuale, contengono, ai rispettivi articoli 583 e 475, la precisa disposizione che è scritta al capoverso dell'articolo 747 dell'attuale Codice di commercio italiano; anche il termine concesso per comparire su citazione è stato conservato integralmente dal legislatore italiano del 1882.

Comunque sia, è certo che il disposto dell'articolo, secondo alinea, non potrà avere applicazione che nel solo caso, specificato, in cui il fallito non siasi prestato all'invito di comparire fattogli dal curatore: e s'intende che la renitenza del fallito non dev'essere dipendente da cause già conosciute dal curatore e invincibili; perchè se, ad esempio, il curatore invita a comparire il fallito il quale sia in istato d'arresto, si comprende che costui non comparendo, rimane tuttavia inapplicabile il disposto del secondo comma dell'articolo in esame. Però, le condizioni necessarie per provocare la citazione del fallito *brevissimo tempore*, sono queste: che il curatore lo abbia invitato a presentarsi allo scopo di verificare i libri, riconoscerne il contenuto, chiuderli e firmarli; che il fallito potesse essere invitato, ossia che l'invito non fosse inutile stante le condizioni in cui si trovasse il fallito; che il fallito, invitato a comparire essendo in piena possibilità di farlo, non abbia aderito all'invito del curatore. È fuor di dubbio che il fallito ha tutto l'interesse presentarsi appena invitato dal curatore (1); perchè l'amministrazione, pur facendosi nell'interesse quasi esclusivo della massa dei creditori, non viene per questo ad essere meno importante pel fallito, sia per la possibilità che qualche residuo verificandosi alla liquidazione ed alla distribuzione dell'attivo ai creditori, il fallito debba esserne investito; sia per l'esercizio del diritto, che non gli è tolto, di sorvegliare l'andamento dell'amministrazione per evitare che la eventuale malafede del curatore non peggiori la sua condizione finanziaria; e di questo diritto ne abbiamo la prova migliore e più efficace nella disposizione dell'articolo 728, capoverso. Ma l'interesse del fallito a presenziare l'operazione dell'art. 747,

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 387, § 4572; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 271; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 361, n. 316; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 465.

primo alinea, è meno urgente dell'interesse che ha l'amministrazione ad avere dal fallito tutti quegli schiarimenti che possono esserle necessari; per questo, la disposizione dell'art. 747, che, se si fosse limitata al solo interesse del fallito, avrebbe potuto assumere il carattere ed i limiti di una facoltà concessa al fallito stesso, invece diventa un obbligo per costui soltanto, perchè oltre il suo interesse è contemplato ed in predominanza, l'interesse della massa dei creditori. Dunque il fallito non può essere citato a comparire entro quarantott'ore davanti al giudice delegato, se non quando il curatore lo abbia diggià invitato e non abbia avuta dal fallito nè risposta, nè egli siasi presentato.

Ma noi qui scorgiamo due lacune che il legislatore ha lasciato nella redazione dell'articolo 747: la prima riguarda il modo con cui il curatore debbe invitare il fallito a presentarsi e il tempo entro cui la comparizione deve avvenire; la seconda riguarda la persona che deve citare il fallito davanti al giudice delegato.

L'articolo che ora esaminiamo fa bensì al curatore obbligo di chiamare presso di sè il fallito, ma non dice come il curatore debba adempire a quest'obbligo. Non è il caso di parlare di citazione, perchè, quando il legislatore ha voluto che l'amministratore si servisse di questo mezzo, sempre lo indicò tassativamente: unico mezzo allora rimane l'invito fatto al fallito con lettera raccomandata, analogamente a quello che dispone l'articolo 744 per l'invito dei creditori, e secondo le norme dell'articolo 78 del regolamento per l'esecuzione del Codice di commercio; così è ricolmata la prima lacuna quanto al modo da seguirsi per invitare il fallito: rimane ancora a risolvere la questione del tempo fissato per la comparizione.

Avvertiamo qui pure che nessun commentatore, nostro o straniero, ha toccata la questione; sicchè ciò si presenta come un caso vergine nella dottrina non meno che nella giurisprudenza, che non lo ha, fino ad ora, mai trattato. Il legislatore dice che il curatore deve chiamare il fallito, ma non dice qual termine gli possa accordare per presentarsi: e di fronte a questo silenzio della legge rimangono ad applicarsi due diversi criteri che conducono a due distinte conclusioni, o si applica pel termine il criterio che il fallito debba presentarsi nel più breve tempo possibile: ed allora, siccome non può certo accogliersi la tesi della *immediata* comparizione — immediata, s'intende, appena ricevuto l'invito del curatore, — il termine più breve possibile è quello delle ventiquattro ore, termine che abbiamo già veduto fissato dal legislatore per la presentazione dei verbali, ed altri particolari documenti, come stabilisce l'articolo 741 circa l'inventario. Oppure si adotta il criterio del termine minimo comune per le ordinarie citazioni fatte per via d'usciere, ed allora si viene al termine minimo di tre giorni stabilito dall'art. 147 del Codice di procedura civile.

Ad ogni modo noi crediamo che il curatore, nel biglietto d'invito spedito al fallito, debba fissare non solo il termine a comparire, ma debba considerare la possibilità nella quale può trovarsi il fallito a comparire in quel termine fissato; sicchè il termine debba seguire quegli aumenti stabiliti dall'art. 147, già citato, del Codice di procedura civile, in quanto le condizioni richieste dalla legge ordinaria di procedura sieno applicabili al caso speciale dell'invito fatto al fallito. Allora la renitenza del fallito non comincia a verificarsi che quando il termine fissato per comparire è trascorso senza che il fallito sia comparso, quantunque abbia ricevuto l'invito: ed è da questo momento soltanto che si può far luogo alla citazione a comparire davanti al giudice delegato.

Ma qui si presenta la seconda lacuna a cui abbiamo accennato; e riguarda la persona che deve proporre la citazione del fallito.

Il Calamandrei (1) che dice che se il fallito " non obbedisce all'invito stragiudiziale che il curatore deve fargli, si procede alla sua citazione per mezzo d'usciere „, non spende pure una parola riguardo alla persona sulla cui domanda la citazione è fatta. Invece il Vidari non si tiene d'affermare che " ove il fallito non si presenti, il curatore deve citarlo a comparire per atto di usciere..... „ (2); ma come il commercialista italiano sia pervenuto a codesta conclusione non riesce facile a dedurlo dalla procedura del fallimento come essa è scritta nel Codice di commercio; certo la pratica ha rimediato a questa lacuna lasciata dal legislatore, ed al curatore è abbandonato il diritto ed il dovere di far citare il fallito agli effetti dell'art. 747; ma la dottrina non deve ricorrere al criterio della pratica specialmente quando si deve, in un commento della legge positiva, attenersi all'analisi ed alla critica di questa legge quale dessa è scritta nel Codice. Dunque il Vidari addossando al curatore l'obbligo di far citare il fallito renitente, non ha creato un principio, traendolo dal contesto della legge commerciale, ma ha solo riprodotto, come dettato dottrinale, ciò che si deve considerare come il rimedio pratico seguito per colmare la imprevidenza del legislatore. Nella dottrina, se si vuole analizzare nelle sue ragioni di essere questa usanza invalsa fra i curatori di fallimento, ecco a che si viene: la facoltà che per tal guisa si accorda al curatore dipende dalla sua qualità di amministratore: egli come tale, e solamente come tale, può quando che sia sentire il fallito, abboccarsi con lui, senza d'uopo dell'intervento d'alcun altro fra gli organismi della procedura o dell'amministrazione del fallimento, eccetto nel caso contemplato dall'articolo 732; ma codesti abboccamenti, che pure verranno cercati dal curatore pei bisogni dell'amministrazione, non dànno al curatore mai il diritto di valersi della citazione, giudizialmente trasmessa, per provocare la comparizione del fallito; la legge quando ritenne che la presenza del fallito dovesse provocarsi per citazione lo espresse tassativamente, come è il caso dell'art. 740. Ma la facoltà che ha il curatore di sentire quando che sia il fallito, non è un privilegio concesso al solo curatore; tanto il giudice delegato (art. 730), quanto la delegazione dei creditori (art. 726) hanno facoltà di sentire ugualmente il fallito quando ciò loro possa tornare opportuno: quindi se dalla concessione fatta al curatore si vuol dedurre che egli, per vincere la riluttanza del fallito a presentarsi, può valersi della via giudiziale della citazione per mezzo d'usciere, come non si deve estendere la conseguenza di questa deduzione sia al giudice delegato che alla delegazione dei creditori?

Perchè non potrà il giudice delegato, d'ufficio, far citare il fallito a comparirgli dinanzi entro quarantott'ore, quando l'articolo 747 non ammette che la comparizione, provocata con la citazione, avvenga nanti ad altra persona che non sia il giudice delegato?

È certo che il giudice delegato, quando voglia sentire il fallito dovrà sempre seguire, nell'invitarlo a presentarglisi, se non la via della citazione, almeno la via officiosa dalla quale non può mai togliersi in forza della sua qualità e più delle particolari sue funzioni nell'amministrazione della massa patrimoniale del fallimento; dunque la citazione, come è voluta dall'art. 747, è meno lontana dalle funzioni del giudice delegato di quello che lo sia dalle funzioni del curatore. Rimane, da ultimo, un'analogia coll'art. 740 la quale può dar forza alla conclusione del Vidari. Infatti codesto articolo, parlando della rimozione dei sigilli e della compilazione dell'inventario, richiede la presenza

(1) Op. cit., vol. I, pag. 271, n. 314.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 389, § 4572. — Nessun autore francese parla di tale questione.

del fallito o la sua citazione a comparire a siffatte operazioni: la domanda di citazione viene fatta dal curatore che procede alla rimozione dei sigilli ed all'inventariazione. E siccome per l'articolo 747 le operazioni dell'accertamento, chiusura e firma dei libri di commercio sono fatte dal curatore in contesto col fallito, anche in questo caso si deve applicare il principio adottato per riguardo all'art. 740, ossia la citazione dev'essere fatta dal curatore. Codesta analogia ha, davvero, un valore che può menare alla conclusione del Vidari. Si devono però notare non poche differenze tra il contenuto dei due articoli posti a raffronto; differenze che riducono alla constatazione della pochissima attendibilità dottrinale dell'apprezzamento espresso dal Vidari (1). Anzitutto l'azione del curatore, come è esercitata per l'art. 740, trova il suo riscontro nell'invito che lo stesso curatore deve trasmettere al fallito agli scopi dell'articolo 747; quindi la identità, per ciò che riguarda il curatore nei suoi rapporti col fallito, è esaurita fin da questo momento. Rimane solo, senza riscontro nel disposto dell'art. 740, il disposto dell'art. 747 capoverso, che vuole citato il fallito entro quarantott'ore davanti al giudice delegato: nè ivi si dice se, comunque siasi fatta la citazione, il curatore presenzierà l'abboccamento del fallito col giudice; quindi ci troviamo ancora di fronte alla domanda: chi citerà il fallito? ed a questa domanda ha forse opportunamente risposto, come si è già avvertito, la pratica della procedura in materia di fallimenti.

Ma, e se il fallito non compare neppure davanti al giudice delegato non ostante la formale citazione? e se il fallito è assente quando gli viene trasmessa la citazione?

Qui trova luogo una questione dibattuta nella dottrina circa una speciale condizione in cui può trovarsi il fallito. Si dice: se il fallito è in fuga dovrà essere citato ugualmente? Il Bédarride (2) ed altri autori espressero l'opinione che, in questo caso, la citazione fatta al fallito sia inutile, e dalla legge non richiesta: anzi, basandosi sulla brevità del tempo entro cui il fallito è citato a comparire, il Bédarride scrive: « Cette sommation serait-elle nécessaire, si le failli était en fuite? Nous ne le pensons pas. La loi ne peut vouloir des formalités qui doivent nécessairement rester sans effets, qui ne peuvent avoir aucun résultat. Or, le délai donné par l'article 475 est tellement court, qu'il serait probablement expiré avant que le failli eût connaissance de la sommation. Le plus souvent, d'ailleurs, on ignorera la retraite qu'il a choisie. Ce que l'on saura, c'est qu'il ne comparaîtra pas, qu'il ne veut pas comparaître; il devient donc complètement inutile de l'appeler » (3).

L'Alauzet (4) sembra propendere per la necessità della citazione anche quando il fallito sia in fuga, perchè « la loi ne distingue pas si le failli est présent ou en fuite »; e il Dalloz (5), esposte le ragioni per cui il Bédarride ritiene inutile la citazione del fallito latitante, oppone: « Mais ce motif ne saurait nous toucher. Le failli, alors même qu'il se cache, conserve d'ordinaire ses relations avec les personnes qu'il a laissées à son domicile ou sur les lieux: il peut donc être averti utilement de la sommation qui lui est faite; et, comme la loi ne la déclare pas, et ne pouvait raisonnablement pas la déclarer inutile dans l'hypothèse prévue, elle doit-être remplie ».

Il nostro Calamandrei (6) segue l'opinione espressa dal Dalloz e confermata dal Boulay-Paty (7), la quale noi pure riteniamo giusta particolarmente in riguardo alle speciali

(1) Il Vidari lo tolse veramente dall'Alauzet, op. cit., vol. VI, pag. 124, § 1736.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 361, n. 317.
(3) Op. cit., vol. I, pag. 361, n. 317.
(4) Op. cit., vol. IV, pag. 124, § 1736.
(5) *Répertoire*, v° *Faillite*, n. 445.
(6) Op. cit., vol. I, pag. 272, n. 314.
(7) Op. cit., vol. I, pag. 321, n. 314.

disposizioni del vigente Codice di commercio.

La citazione di cui parla l'art. 747 del nostro Codice commerciale segue l'esito ordinario delle citazioni secondo il Codice di procedura civile all'art. 141 (1); così il fallito debitamente citato, qualora non compaia cadrà nella disposizione dell'art. 857, n. 4 (2), relativamente alla bancarotta semplice, e il curatore procederà ugualmente alle operazioni indicate nell'art. 747, uniformandosi, per constatare la non avvenuta comparizione del fallito, a quanto dispone l'articolo 905 (3): e in questa guisa consideriamo risolta, conformemente alla intenzione del legislatore, la difficoltà sollevata circa la citazione del fallito latitante.

209. *Il fallito in istato d'arresto o non provvisto di salvocondotto compare per mezzo di mandatario.* — L'art. 731 considerando il caso della latitanza del fallito, contro cui sia diggià staccato mandato di cattura, o ciò possa aver luogo e il fallito possa temerlo, accorda al fallito stesso la facoltà di chiedere al giudice delegato il rilascio d'un salvocondotto da parte del procuratore del Re, purchè vi sia necessità di sentirlo. Ora non vi può essere dubbio che la necessità di sentire il fallito, al caso dell'art. 747, sia assoluta: la lettera stessa della legge impone, tassativamente, che il fallito sia chiamato e debba intervenire alle operazioni di cui si parla in quello stesso articolo 747.

Da qui trae origine il disposto dell'ultimo comma dell'art. 747; secondo il quale, il fallito che si trova in istato d'arresto o che non ha ottenuto un salvocondotto può essere autorizzato dal giudice delegato a comparire per mezzo di mandatario. Se non che questo disposto si compone di due distintissime parti le quali hanno la loro ragion d'essere in due distinte categorie di fatti. Il comma surriferito dell'articolo in esame, distingue il caso dell'arresto del fallito, dal caso in cui al fallito, non essendo in arresto, non convenga presentarsi senza garanzia che non verrà catturato, e quindi debba essere provvisto d'un salvocondotto, rilasciato dall'autorità competente; mentre questo salvocondotto non venne concesso. La differenza tra queste due condizioni in cui può trovarsi il fallito è grandissima: tanto che riesce difficile il comprendere come sia applicabile il disposto dell'ultimo comma dell'art. 747, al caso in cui il fallito sia in istato d'arresto.

Abbiamo esaminato, nel corso di questo commento, l'art. 732 del Codice commerciale, che autorizza, previe alcune formalità, il giudice delegato a sentire il fallito in istato d'arresto, ogni qualvolta che ne abbia bisogno, o ne sia richiesto dal curatore o dalla delegazione dei creditori. Questa facoltà accordata al giudice delegato lo

(1) Art. 141: Chi non ha domicilio, residenza, o dimora conosciuta mediante:

affissione della copia alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria davanti la quale si propone la domanda;

inserzione di un sunto della citazione nel giornale degli annunzi giudiziari;

e consegna di una copia della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale civile nella cui giurisdizione siede la detta autorità.

(2) Art. 857: È anche colpevole di bancarotta semplice il commerciante dichiarato fallito il quale si trova in uno dei casi seguenti:

Se senza legittimo impedimento non si è presentato personalmente al giudice delegato, alla delegazione dei creditori od al curatore, nei casi e nei termini stabiliti, o se presentandosi ha dato loro false indicazioni, o dopo aver ottenuto un salvocondotto non ha obbedito all'ordine di presentarsi, o si è allontanato senza permesso dal suo domicilio durante il fallimento.

(3) Art. 905: Quando la legge prescrive che sia sentito il fallito od altro interessato non si può provvedere in sua assenza, se non consti che egli sia stato debitamente citato a giorno ed ora fissata, e se la mancanza di lui non sia accertata mediante processo verbale.

autorizza a sentire personalmente, ogni volta che ve ne sia il bisogno, il fallito in istato d'arresto; quindi allontana, a parer nostro, la necessità di autorizzare il fallito arrestato a presentarsi per mezzo di mandatario, e la riduce al solo caso, trascurando l'eventualità di una malattia del fallito, in cui il giudice istruttore non abbia accordato favore alla domanda del giudice delegato; dunque, per quanto la previdenza del legislatore possa giungere lontano, non può aver ecceduto il caso della non accoglienza, da parte del giudice istruttore, della domanda del giudice delegato. Da ciò la ipotesi, per la quale, essendo il fallito latitante ed avendo fatta domanda di salvocondotto per presentarsi, non l'abbia ottenuto, sicchè gli sia impossibile presentarsi personalmente: allora il giudice delegato può autorizzare il fallito a presentarsi per le operazioni di cui all'art. 747, a mezzo di mandatario.

Evidentemente, le condizioni *sine quibus non* può il giudice delegato concedere la autorizzazione di cui si parla, sono: che il fallito sia latitante; che non osi presentarsi per timore d'essere catturato; che abbia chiesto il salvocondotto; che il salvocondotto gli sia stato negato: concorrendo queste condizioni il giudice delegato *può* concedere l'autorizzazione al fallito. Quindi se il fallito essendo latitante, ed avendo notizia della citazione o dell'invito a presentarsi alla verificazione, accertamento e chiusura dei suoi libri di commercio, non è minacciato di cattura nè ha ragione di temere questo, non può chiedere alcun salvocondotto, nè può approfittare della disposizione dell'art. 747 ultimo alinea, Ugual criterio è a seguirsi nel caso in cui il fallito, pur concorrendo le condizioni che gli dànno adito a chiedere un salvocondotto, non siasi curato di farne domanda; perchè viene a mancare il motivo, dal legislatore espressamente richiesto, per il quale il giudice delegato possa concedere l'autorizzazione.

Ma come dovrà comportarsi il giudice delegato nell'usare della facoltà concessagli dall'art. 747 ultimo capoverso? Su ciò deve ritenersi, come principio assoluto, come regola, che la presenza personale del fallito non può mai escludersi, nel caso dell'articolo in esame, ogni volta che dessa risulti possibile ad aversi; quindi non potrà il giudice delegato nel caso dell'arresto del fallito, passare tosto alla autorizzazione a comparire per mezzo di mandatario, se prima non ha chiesto al giudice istruttore di sentire personalmente il fallito; nè potrà accordare al fallito latitante la comparizione per mandatario, se non quando è stato chiesto da costui il salvocondotto, e se chiesto, non gli fu accordato. Poi, concorrendo pure le condizioni più idonee a provocare l'autorizzazione, specialmente nel caso della latitanza del fallito, non è obbligato il giudice delegato a concederla: qui trattandosi solo di un diritto, e non di un dovere, concesso al giudice delegato. Il fallito, a cui già si è fatta un'ampia concessione, quando si è ammesso il fuggiasco " per lo grave timor delle peccata „, a chiedere un salvocondotto allo scopo di tutelare il proprio interesse, non può chiedere al giudice delegato l'autorizzazione a presentarsi per mandatario; è il giudice delegato che, indipendentemente dall'ingerenza di chiunque, può dare l'autorizzazione quando ciò gli sembri utile agli interessi della massa patrimoniale del fallimento, o quando non gli sembri soverchio favore accordato al fallito (1), immeritevole di qualsiasi riguardo.

(1) È a notarsi che il fallito latitante, che non abbia ottenuto salvocondotto, non potrà evitare l'applicazione dell'articolo 857, n. 4, del Codice di commercio, adducendo per scusa che, non potendo presentarsi per timore d'essere catturato, il giudice delegato non gli concesse tuttavia di presentarsi per mandatario.

Ora rimane un'ultima questione su questo comma dell'art. 747. Ossia: è dimostrativa o tassativa la enumerazione dei casi in cui il fallito può farsi rappresentare da mandatario? All'infuori dei due casi in quest'articolo contemplati, altri non ne ammette il legislatore?

Il Calamandrei (1) su questo punto scrive: " Oltre i casi di arresto e di denegato salvocondotto, il giudice delegato può concedere la comparizione per mandatario anche nei casi di malattia, o per altro giusto motivo. Evidentemente i casi contemplati non sono tassativi, ma semplicemente dimostrativi: essi costituiscono soltanto una specificazione, inutile anzi che no, della regola generale scritta nell'art. 698 „.

Non può esservi dubbio che il commercialista italiano abbia colto nel segno esprimendo l'opinione surriportata; è l'applicazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur* che ha guidato lo spirito del legislatore nel sancire le norme degli articoli 698 e 747; qualora il fallito si trovi in condizioni tali che non gli permettano di ottemperare alle ingiunzioni del giudice delegato od agli inviti del curatore e della delegazione dei creditori, dirette ad ottenere la sua presenza ad alcuni atti della amministrazione, e codeste condizioni non dipendano dalla sua malafede, ma piuttosto dalla forza delle cose, non può più parlarsi d'altro che della impossibilità in cui il fallito stesso si trova di adempire alle prescrizioni della legge; sicchè ecco la regola generale sancita dall'art. 698, che nell'art. 747 riceve due particolari applicazioni, esorbitanti però da quel netto criterio della buona fede nel fallito, fondamento alla disposizione dell'art. 698.

Dunque il fallito, che abbia giusti motivi di impedimento a presentarsi in persona, può *sempre* essere autorizzato a comparire per mezzo di mandatario: i giusti motivi dipendono, sopratutto, dall'assenza di malafede nel fallito per la provocazione di quegli impedimenti; però il legislatore concede anche due particolari applicazioni a fatti da cui esula il concetto della buona fede nel fallito; l'uno, quello in cui il fallito si trovi in arresto — e l'arresto, per regola generale, è occasionato dalla frode del fallito e quindi l'impedimento non può più dirsi dipendente da giusto motivo —: l'altro, quello in cui il fallito sia latitante e tema, presentandosi senza garanzie, di essere catturato — e nella latitanza, per essere dessa un impedimento direttamente provocato, *metu poenae*, dal fallito, non v'è buona fede (2).

Non si aggiunge che l'apprezzamento del giusto motivo è abbandonato totalmente al giudice delegato; e che,riguardo alla persona che può essere dal fallito delegata a rappresentarlo nella funzione di cui tratta l'art. 747, non sembra dubbio che possano essere delegati i parenti del fallito stesso, qualunque sia il loro grado, come ogni altra persona.

Non dice la legge se a questa operazione, nel caso di morte del fallito, possano presenziare gli eredi di lui o il coniuge superstite o i figli; ma l'art. 712 evita questo dubbio, stabiliendo come regola generale che qualora il commerciante sia stato dichiarato fallito dopo la sua morte, o muoia dopo la dichiarazione del fallimento, il coniuge, i figli, gli eredi di lui possano presentarsi, o farsi rappresentare, per supplire il defunto nella formazione del bilancio, nello esame dei libri e nella procedura del fallimento: però gli aventi causa del defunto fallito, devono essere o presenti o citati alle operazioni di verifica, accertamento, chiusura e firma dei libri di commercio del loro autore; ma non è a credersi che la citazione sia applicabile con quella regola *stricti juris*, e sopratutto sia capace di

(1) Op. cit., vol. I, pag. 272, n. 315.

(2) Cfr. BEDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 362, n. 320; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 326, n. 319.

quegli effetti, di che era feconda quando fatta in persona del fallito vivente.

210. *Riconoscimento, esame ed accertamento dei libri di commercio da parte del fallito. — Loro chiusura.* — Abbiamo avvertito nel n° 207 che lo scopo della cura presa dal legislatore per ottenere la presenza del fallito alle operazioni stabilite dall'art. 747, aveva la sua origine nella necessità di dare una base, precisa e ben definita, alle operazioni tutte dell'amministrazione del patrimonio del fallito, dopo che questo patrimonio divenne l'elemento di soddisfazione degli interessi de' creditori; e nella necessità di evitare gli ulteriori ostacoli che il fallito potesse frapporre al funzionamento della amministrazione, impugnando o il bilancio, come non corrispondente allo stato dei suoi libri di commercio, quando non fatto da lui; o la entità del patrimonio portato in attivo, o della massa dei debiti esposta in passivo, come inferiore o superiore, rispettivamente, alla realtà. Quindi il fallito, presente alle operazioni descritte all'art. 747, sorveglia, nel suo proprio interesse, queste operazioni colle quali si inizia la effettiva amministrazione ed al tempo stesso assiste alla separazione della responsabilità, che grava su lui, dalla responsabilità che, coll'incominciare della amministrazione da parte del curatore, viene sul curatore stesso ad adagiarsi (1).

Il riconoscimento dei libri di commercio, il loro esame, l'accertazione del loro stato, si riferiscono al loro interno, al loro contenuto, più che alla loro esteriore condizione: e si limitano, tutte queste operazioni, a constatare che le singole operazioni commerciali che vi sono indicate, sono realmente quelle che ha fatte lui, commerciante, prima d'essere dichiarato fallito; che non vi furono portate nè variazioni di cifre o di oggetti, nè fatte aggiunte; e nel caso i libri sieno stati sottratti alla apposizione dei sigilli, e quindi vidimati come prescrive l'art. 737, che la loro condizione è quella constatata mediante quella vidimazione e la annessa descrizione minuziosa del loro stato, nel processo verbale di che parla l'art. 737.

Non si dice, in nessuna parte delle disposizioni relative al fallimento, come si comporterà il curatore nel caso che il fallito rifiuti di riconoscere i libri suoi o di accettarne il contenuto, allegando ed indicando al caso variazioni introdotte in quelli dopo che furono consegnati come prescrive l'articolo 686. Non v'ha dubbio che il fallito possa sollevare codesti incidenti e non accettare il riconoscimento e lo stato dei suoi libri; e non si può dubitare che questa ipotetica opposizione del fallito, fondata su fatti provati veri e non giustificati dal curatore o dal cancelliere o da chi altri li ebbe in custodia, non possa far luogo ad un procedimento di falso colla procedura e le forme penali di procedimento stabilite per le querele di falso in atti o scritture pubbliche o private: ma frattanto si sospenderà la procedura del fallimento? dovrà tosto il fallito fornire le prove delle allegate variazioni e falsificazioni, o basterà ch' egli affermi essersi codesti fatti verificati, perchè si trasmettano a chi deve procedere penalmente contro i passibili rei, i libri del fallito?

L'art. 696 stabilisce che la procedura di fallimento innanzi alla giurisdizione commerciale e l'istruzione e il procedimento penale, hanno corso con piena reciproca indipendenza e senza interruzione; il giudice istruttore può assumere dal tribunale di commercio, dal giudice delegato, dal curatore o dai membri della delegazione di sorveglianza ogni informazione o notizia di cui abbia bisogno; può altresì prendere ispezione o richiedere copie od estratti degli atti della procedura di fallimento, e dei libri e delle carte del fallito, ma non può rimuoverli dalla cancelleria del tribunale.

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 371, n. 313-314; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 124, § 1736.

Quest'articolo, che riguarda il procedimento penale provocato tanto da falsificazioni introdotte comunque nel corso della procedura di fallimento, come dal reato di bancarotta semplice o frodolenta, impone la parallela prosecuzione del procedimento penale e della procedura del fallimento; dunque sembra che, se le falsificazioni nei libri di commercio sono scoperte dal fallito nell'atto dell'esame e verificazione dei libri stessi di contesto col curatore, gli atti necessari per incoare il procedimento penale, non sospendano la procedura commerciale del fallimento e quindi l'amministrazione possa proseguire ugualmente. Ma allora per la prosecuzione dell'amministrazione del fallimento, si rendono necessarie tutte le rettificazioni che devono rimediare alle falsificazioni introdotte nei libri di commercio del fallito, ad evitare che l'amministrazione rimanga arenata o proceda su una base non attendibile: è a credere che codeste verificazioni e rettificazioni siano a farsi dal curatore in contesto col fallito immediatamente; salvo poi a riferire al giudice delegato tanto le rilevate falsificazioni quanto le fatte rettificazioni perchè egli, riguardo a queste ultime, possa al caso controllarle; ed allora dovrà sentire il fallito e trasmettere al Pubblico Ministero le notizie raccolte (art. 730).

Poi i libri di commercio, per quanto possano occorrere al procedimento penale che si inizia, rimangono depositati nella cancelleria e vi rimangono inamovibili; il giudice istruttore potrà ivi ispezionarli e solo al momento del pubblico giudizio farli consegnare temporariamente al giudice penale (art. 737); il fallito dovrà dare immediatamente le prove delle indicate falsificazioni: e queste prove saranno, più che da altro, formate dai documenti comprovanti la realtà dello stato attivo e passivo del fallito, non meno che quello delle singole partite ed operazioni (1).

Una volta che il fallito abbia esaminati, riconosciuti, accertati i propri libri di commercio, il curatore li chiude e li firma in presenza del fallito. Abbiamo già veduto come avvenga la vidimazione dei libri del fallito nel caso contemplato dall'art. 737; ma la chiusura di cui si parla nell'articolo in esame è una ben diversa operazione da quella del vidimarli. « Pour les syndics, scrive il Bédarride, clore et arrêter les livres ne peut s'entendre que de l'obligation de balancer les comptes divers, arrêter les soldes dus, fixer la position du failli à l'égard de ceux avec lesquels il a traité; en un mot, extraire et constater les résultats de son administration » (2). Quindi il curatore, colla chiusura dei libri di commercio del fallito, termina la gestione della sostanza commerciale del negoziante, stabilisce lo stato attivo e passivo, e fissa il punto di partenza della sua amministrazione, dalla amministrazione anteriore alla cessazione dei pagamenti ed al deposito dei libri del fallito e bilancio a mente dell'art. 686.

Si ripresenta ora la domanda: e se nella ispezione dei libri si sono rilevate le falsificazioni di cui si parlò più sopra, la chiusura come può avvenire? Certo che non potrà il curatore apporre la sua firma a quelle falsificazioni, nè potrà bilanciare la sostanza del fallito quando costui ha rilevate delle falsificazioni introdotte nei libri di commercio; ma riconosciute le falsificazioni, e queste corrette, potrà farsi sulle correzioni la chiusura? Ciò non può essere dubbio quando si consideri che la procedura del fallimento non soffre dilazione per l'espresso dettato della legge e che procede ugualmente anche se è in corso

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 389, § 4572 *c*).

(2) Op. cit., vol. I, pag. 360: n. 315: questa opinione è generalmente accolta dalla dottrina; sono quindi conformi: ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 124, § 1736; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 326, n. 347; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 271, n. 313.

un procedimento penale contro il fallito, o contro chiunque, in causa del fallimento; però rimane dubbio se il curatore debba sottoporre al giudice delegato i libri colle constatate falsificazioni prima di procedere alla loro definitiva chiusura ed all'incominciamento della amministrazione.

211. *L'esazione dei crediti da parte del curatore provvisorio. — Osservanza delle cautele prescritte dal giudice delegato.* — L'amministrazione del fallimento, esercitata da un curatore nominato dal tribunale, si propone la conservazione e la liquidazione dei beni del fallito e la ripartizione di essi tra i creditori. Così l'art. 713 del vigente Cod. di commercio. Ora seguendo questa definizione delli scopi dell'amministrazione del fallimento, e rammentando che il curatore, sia provvisorio che definitivo, è tenuto, per le sue funzioni amministrative, a tutti gli atti conservativi necessari alla integrità della massa patrimoniale del fallimento, e ad usare in questa gestione la diligenza che il Codice civile prescrive a chi è investito di un mandato (art. 1746); ci appare la ragionevolezza della prescrizione fatta al curatore provvisorio dall'art. 748 del Codice di commercio, che prendiamo ora in esame.

L'amministrazione incomincia per fatto del curatore provvisorio, nominato colla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 691), e continua per opera del curatore definitivo nominato dopo la prima adunanza dei creditori (art. 717); quindi il curatore provvisorio deve fare tutti gli atti che sono immediatamente necessari od utili per avvantaggiare la massa patrimoniale del fallimento. Primissimo fra questi atti è la esazione dei crediti del fallito; e questa esazione si fa dal curatore provvisorio, seguendo quelle particolari cautele che possono essergli per avventura prescritte dal giudice delegato; cautele che mirano ad evitare alla massa opposizioni da parte di chi possa essere interessato a sollevarne, o che possono essere indicate dalle singolari condizioni in cui il creditore, che è in questo caso la massa patrimoniale del fallimento, può trovarsi di fronte al debitore. Ed è poi da notare che queste cautele hanno anche per iscopo di sopperire alla mancanza di sorveglianza da parte di uno degli organismi della amministrazione: intendasi la mancanza della delegazione dei creditori, che non è ancora nominata allora che il curatore provvisorio entra in funzione: sicchè il curatore provvisorio farebbe tutti gli atti necessari alla amministrazione del fallimento o ad essa inerenti sotto la sola direzione del giudice delegato (1), contrariamente a ciò che dispone l'articolo 713 del vigente Codice di commercio, che vuole oltre la direzione del giudice delegato, la sorveglianza della delegazione dei creditori; per ottemperare a questo inconveniente e per avere sufficienti garanzie di buona amministrazione, il legislatore ha voluto che il giudice delegato esercitasse anche quella funzione di sorveglianza sul curatore provvisorio, che la delegazione dei creditori non può esercitare; da ciò la disposizione dell'art. 748 primo comma.

Che il curatore provvisorio debba seguire le cautele prescrittegli dal giudice delegato non può esservi dubbio: non è però così a dirsi riguardo all'obbligo che il giudice avrebbe di prescrivere codeste cautele.

L'articolo in esame non dice, nè lascia modo ad un'interpretazione sicura, se il giudice delegato, ogni volta che un curatore provvisorio deve, nella sua funzione amministrativa, esigere crediti a favore della massa patrimoniale del fallimento, debba dettargli quelle cautele di cui in quello stesso articolo si parla: ma se noi abbiamo presenti alla mente le ragioni suesposte, circa la causa per cui il legislatore ha sancite le disposizioni del primo alinea, articolo 748,

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 273, n. 316.

veniamo alla conclusione che il legislatore ha inteso non concedere al giudice delegato una facoltà, ma prescrivergli un obbligo che egli deve sempre osservare ogni volta si presentino le condizioni richieste, sottraendo il provvedimento, con cui il giudice prescrive le cautele, al richiamo.

Esigendo i crediti, il curatore, sia esso provvisorio o definitivo, deve rilasciare quietanza per la somma esatta; ed il suo obbligo preciso, come amministratore, particolarmente se provvisorio, è quello di esigere il credito: quindi non potrà mai, anche se è curatore definitivo, accordare remissione del debito, stante la qualità sua di amministratore della cosa altrui (1). Però in queste esazioni è concessa una certa ampiezza di funzione al curatore. Lo scopo precipuo essendo quello di riuscire, valendosi di tutti i mezzi ed i rimedi di legge, alla esazione dei crediti, il curatore, potrà tuttavia accordarsi col giudice delegato e colla delegazione di sorveglianza, se questa esiste, per concedere ai debitori della massa tutte quelle facilitazioni di pagamento che sieno compatibili colla procedura del fallimento e colla rapidità con cui devesi procedere: quindi concedere pagamenti rateali o a respiro; ma però non potrà mai essere ricevuta in pagamento altra cosa che denaro, eccettuato il caso in cui il fallito avesse stipulato col suo debitore un'altra specie di pagamento. Se poi anche il debitore della massa venga a fallire, è obbligo del curatore del fallimento di presentare il suo credito, di sostenerlo, farlo valere ed esigerlo in quella misura che verrà fissato all'epoca delle distribuzioni dell'attivo di quel debitore fallito. Altra misura che il curatore, provvisorio o definitivo, non dovrebbe trascurare esigendo crediti da debitori cui concesse pagamenti rateali, è quella di garantirsi l'esazione del credito sui beni del debitore; così darà prova di quella abilità e diligenza che la massa dei creditori ha diritto di aspettarsi da lui (2).

212. *Gli atti conservativi fatti dal curatore provvisorio contro i debitori del fallito. — Nuove iscrizioni ipotecarie in nome della massa.* — Oltre l'esazione dei crediti, la quale non può avvenire che quando codesti crediti sono esigibili e perfezionasi quando oltre all'essere esigibili, cioè scaduti, i crediti stessi vengono realmente soddisfatti dal debitore della massa, il curatore provvisorio è tenuto a fare tutti quegli atti conservativi dei diritti del fallito contro i suoi debitori ed a prendere le iscrizioni ipotecarie che non fossero state prese sulle loro proprietà immobili.

Questi atti conservativi comprendono precipuamente tutti gli atti che si devono fare per il ricovramento dei crediti già scaduti e non pagati dai debitori della massa: la presentazione delle cambiali od altri titoli di credito appartenenti al fallito, per l'accettazione; il protesto degli effetti cambiari per mancato pagamento e le relative azioni in via principale o in via di regresso contro gli avallanti degli effetti stessi, in modo da valersi, nel tempo e colle norme stabilite dalla legge commerciale, dell'esercizio delle azioni cambiarie: e ciò su tutti quegli effetti cambiari e titoli di credito del fallito, che il curatore provvisorio possa aver fatto sottrarre all'apposizione dei sigilli, come ne aveva diritto per le disposizioni dell'art. 738. Poi sono atti conservativi da farsi dal curatore provvisorio, come pure dal definitivo se il curatore provvisorio non li ha fatti, tutti quegli atti che, procrastinati od ommessi, provocherebbero danni alla massa patrimoniale del fallimento sia per i beni di cui si compone, che pei diritti che da codesti beni prendono nascimento tanto in pro che contro la massa stessa. Quindi interruzione di prescrizioni;

(1) BRAVARD et DEMANGEAT, op. cit., vol. I, pag. 331 e 332.

(2) Cfr. RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV pag. 176-177, n. 598.

promozioni di sequestri; rivendicazioni di merci contro terzi; opposizioni ad atti di sequestro promossi sui beni del fallito: insomma, sia riguardo ai beni immobili che ai beni mobili del fallimento fare tutti gli atti che, ommessi o ritardati, non potrebbero non arrecare diminuzioni alla massa patrimoniale del fallimento (1).

Il Vidari, a proposito degli atti conservativi che il curatore deve fare a tutela degli interessi della massa dei creditori, opina " che lo stesso fallito possa procedere a codesti atti quando, essendovi urgenza, non vi provveda il curatore „; e più precisamente crede " che, in tale ipotesi, anche i singoli creditori abbiano diritto di agire così (p. es., rivendicando alla massa quanto possa aumentarne l'attivo), come anche di impugnare gli atti fraudolenti del fallito ove il curatore, venendo meno al suo dovere, non li impugni egli, purchè essi chiamino in causa il curatore e sostengano il giudizio a proprio rischio e pericolo „ (2). E prevedendo la obbiezione che poteva essergli opposta, circa la mancanza di diritto nei creditori del fallimento di ingerirsi individualmente nell'amministrazione della massa, prosegue il Vidari: " Nè si obbietti che, durante lo stato di fallimento, ogni azione individuale dei creditori è proibita; perchè, se ciò è vero in massima, cioè quando il curatore faccia il proprio dovere; non è vero, per contrario, nei casi eccezionali dianzi detti; nessuno potendo costringere i creditori ad assistere impassibili ed inerti al proprio danno. Che se i creditori hanno diritto di chiedere e di ottenere la rimozione del curatore che non adempie al dovere suo; ciò non toglie che essi possano anche, nell'interesse di tutti i creditori, esercitare direttamente e personalmente le loro ragioni, quando, ripetiamo, non vi provveda il curatore „ (3).

Il Vidari cita a sostegno della sua tesi una sentenza dell'appello di Torino 6 marzo 1885; e avrebbe potuto citarne anche un'altra della stessa Corte e stesso anno, 23 novembre (4), la quale pure ammette il diritto nei creditori di intervenire individualmente nelle azioni promosse a favore della massa del fallimento, anche se il curatore stesso, in adempimento del proprio dovere abbia incoato quell'azione, purchè intervengano a proprie spese. Però, per quanto l'opinione del commercialista italiano sia basata sul criterio giustissimo, che quello che interessa alla massa del fallimento non è che gli atti conservativi della massa stessa siano fatti dal curatore, ma che essi siano fatti da chiunque, purchè nell'interesse della massa dei creditori; è dubbio se questa opinione sia conforme alla lettera ed allo spirito della legge commerciale. Difatti nessun accenno a ciò si riscontra non diciamo nelle cifre della legge stessa, ma neppure nei motivi che hanno dato nascimento alle sanzioni di legge: si dice soltanto che il curatore sarà responsabile, civilmente e penalmente, dei danni che per la negligenza nell'adempimento del suo mandato, potranno avere colpito la massa (5); si dice che il curatore potrà essere revocato dal suo ufficio in qualsiasi stadio della procedura del fallimento, tanto su domanda dei creditori, che d'ufficio dal tribunale: ma dei diritti che possa avere ogni singolo creditore di fare, per conto della massa, — perchè a titolo proprio individuale è inutile parlarne — personalmente, tutti gli atti conservativi che, negletti dal curatore, recherebbero danno

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 274, n. 317; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 386-387, § 4570 *b*); RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 177, n. 602; BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 31 e seg., n. 410-413; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, p. 344, n. 372; RENOUARD, op. cit., vol. I, p. 495.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 386, § 4570 *b*).

(3) *Ibidem*, pag. 387, § 4570 *b*).

(4) *La Legge*, 1886, I, pag. 346.

(5) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 274, n. 317.

alla massa patrimoniale del fallimento, non si parla in nessun luogo nè si dà adito a dedurre qualsiasi ipotesi in proposito.

A noi sembra che, pur riconoscendo il singolare valore dell'opinione del Vidari, questa sia un po' troppo avanzata; e che i creditori che abbiano ragione di dolersi della incuria o della inabilità del curatore, possano subito porgerne richiamo al giudice delegato il quale tosto provvederà (art. 728) senza pregiudizio della domanda di revoca proposta contro il curatore (articoli 719 e 720) (1).

Fra gli atti conservativi dei diritti del fallito, uno dei più importanti è l'assicurazione dei crediti suoi mediante iscrizione ipotecaria presa sui beni dei debitori; e l'art. 748, capoverso, dice che il curatore provvisorio " deve prendere tutte le iscrizioni ipotecarie che non fossero state prese sopra i loro beni immobili „; queste " iscrizioni sono prese in nome della massa „; ognuno s'avvede come il legislatore, in quest'articolo 748, abbia ommessa la disposizione speciale dell'articolo 599, Codice abolito, corrispondente all'articolo 748, Codice attuale; in quell'articolo, ultimo capoverso, si diceva che i sindaci, al loro ingresso in ufficio, erano obbligati: " a prendere iscrizione, in nome della massa dei creditori, sopra gli immobili del fallito, dei quali conoscano l'esistenza „: e questa disposizione, quantunque avversata dalla dottrina e ridotta dalla giurisprudenza ad applicarsi in un numero assai ristretto di casi, fu conservata e tuttavia esiste nel Codice di commercio francese all'art. 490.

Ma il legislatore italiano del 1882, esaminando la disposizione dell'art. 599 dell'abolito Codice, dettava: " Un esame speciale richiede la disposizione con cui il citato articolo prescrive che sia presa una iscrizione in nome della massa sopra gl'immobili del fallito, dei quali sia nota l'esistenza. Assai problematici sono i vantaggi che possono derivare da questa iscrizione, e, di fronte ad essi, sono certe le difficoltà che s'incontrano nell'eseguirla, per adempiere alle forme richieste dal Codice civile, e sono pure inevitabili le spese rilevanti che occorrono secondo le leggi vigenti in materia d'imposte, per l'iscrizione o per la cancellazione a suo tempo.

" Non è infatti molto agevole il determinare, sul bel principio del fallimento, l'ammontare dei debiti che aggravano il fallito, quantunque tale indicazione sia necessaria per iscrivere l'ipoteca, ed ogni errore in più riesce dannoso, perchè sull'entità della somma iscritta si deve pagare una tassa proporzionale non lieve. D'altronde quella disposizione non è sufficiente a raggiungere lo scopo perfettamente legittimo che si propone. Essa infatti mira ad ottenere gli effetti della separazione del patrimonio; ma, seguendo l'antico errore economico, che attribuiva tutta l'importanza al solo patrimonio immobiliare, si limita a curare la separazione degli immobili e nulla provvede per il patrimonio mobiliare, che ora costituisce una parte principalissima della ricchezza nazionale, e specialmente del patrimonio dei commercianti.

" Per questi motivi, ed anche pel riguardo dovuto al voto manifestato nell'ultimo congresso delle Camere di commercio (2), quella disposizione non può essere conservata. E, siccome nessun maggior profitto potrebbe ritrarsi dalla trascrizione della sentenza dichiarativa del fallimento, di cui fu proposta la sostituzione, anche questa formalità non sembra necessaria. I creditori dovranno adunque, nel caso di concordato, provvedere al loro interesse, col prendere sui beni del fallito le corrispondenti iscrizioni per le somme ad essi realmente spettanti, e così si eviteranno gli inconvenienti attuali. Affinchè per altro

(1) Contro l'opinione del Vidari sta pure il Sacerdote (*Rassegna di Dir. comm.*, quad. x, 1885).

(2) V. *Atti del III° Congresso delle Camere di commercio*, Napoli, 1871, pagg. 59, 88, 131.

non succeda un nuovo ordine d'in convenienti, la Commissione si riserva di di chiarare espressamente, nel luogo che gli studi ulteriori dimostreranno opportuno, essere i creditori, aventi titolo anteriore alla dichiarazione del fallimento, preferiti, sulla sostanza da lui posseduta in quel tempo, ai creditori posteriori; e le garanzie, le ipoteche e gli altri mezzi assicurativi, costituiti per garantire l'esecuzione del concordato, conservare la loro efficacia anche nel caso di risoluzione del medesimo „ (1).

Per le ragioni, adunque, che così chiaramente esponeva la Commissione per gli studii preparatori dell'attuale Codice di commercio, nell'art. 748 non venne ripetuta la disposizione dell'art. 599 riguardante le iscrizioni ipotecarie da prendersi in nome della massa sui beni immobili del fallito. Ma, invece, per la iscrizione a favore della massa presa sui beni immobili dei debitori della massa stessa, come patrimonio del fallito, non concorrono che le difficoltà tecniche, diremo così, per l'iscrizione stessa. Quanto alle spese dell'iscrizione codeste vengono sopportate dai beni di colui contro il quale si prende l'iscrizione, e quindi nessuna diminuzione di attivo viene a colpire la massa.

Dato quindi che il curatore deve iscrivere ipoteca a nome della massa sui beni dei creditori del fallito, non v'ha dubbio che questa prescrizione della legge, sia sempre da osservarsi.

Però non sembra inutile osservare che la iscrizione ipotecaria, se ha per iscopo la garanzia del credito in vista del quale viene a cadere sui beni del debitore, deve rendere efficace, sostanziale, attuosa al caso la garanzia, e non solamente apparente. Qual vantaggio difatti, verrà alla massa dei creditori da una iscrizione presa dal curatore in ossequenza all'art. 748, capoverso, sui beni di un creditore sui quali sono già iscritte altre ipoteche valide per un complessivo ammontare uguale, se non superiore, al reale valore degli immobili su cui gravano le ipoteche? Evidentemente una iscrizione presa in simile circostanza è per lo meno inutile, perchè non potrà mai aver per effetto di reintegrare il creditore nel suo credito; e non si può supporre che la massa dei creditori possa voler esercitare il diritto che dall'iscrizione ipotecaria nasce in suo favore, quando, per qualsiasi ragione, le ipoteche anteriori siano state cancellate dai beni del debitore; giacchè lo scopo della garanzia ipotecaria, che il legislatore accorda alla massa dei creditori, è quello di assicurar loro il ricovramento dei crediti che verranno ad ingrossare l'attivo del fallimento e, conseguentemente, la quota che loro verrà distribuita; quindi l'ipoteca deve, se del caso, estrinsecare tutta la sua energia e produrre tutto il suo effetto utile durante la procedura del fallimento, finchè dura l'unione dei creditori; giacchè essendo presa in nome della massa, non può giovare poi all'interesse di un singolo creditore, e vien meno appena l'unione si sciolga: deve essere, quindi, una garanzia attuale efficace, e non inefficace; sicchè deve sui beni del debitore del fallito esistere il margine sufficiente perchè l'ipoteca possa assidervisi intieramente.

La legge invece non fa, come si vede, distinzione di sorta; sia o non utile l'iscrivere la ipoteca; presentino o non un margine adatto i beni del debitore, il curatore deve prendere l'iscrizione ipotecaria; che abbia poi fatto un atto inutile, che inscriva, colla aggiunta delle spese, un credito maggiore

(1) *Atti della Commissione per gli studi preparatori del Codice di commercio*, 1869 - Tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 798.

Il Boulay-Paty combatte con queste stesse ragioni la disposizione analoga dell'articolo 490 del Cod. di comm. francese (op. cit., vol. I, p. 377).

Il Calamandrei trova poco valida la ragione delle difficoltà dell'iscrizione; validissima quella dell'economia di spese (Op. cit., vol. I, pag. 374, n. 318).

del reale, frattanto pagando coll'attivo della massa le spese necessarie, le quali il debitore ipotecato non possa soddisfare egli stesso, ciò al legislatore non importa; basta che sia presa la iscrizione ipotecaria, che non fosse stata presa sui beni immobili del debitore. Tuttavia noi crediamo che il curatore, nell'ipotesi fin qui esaminata, possa soprassedere all'iscrizione dell'ipoteca, comunicando alla delegazione dei creditori, se questa già esiste e funziona, ed al giudice delegato, o a quest'ultimo solamente, lo stato ipotecario del debitore sui cui beni converrebbe iscrivere ipotecariamente la massa, e, secondo il parere di questi due organismi della amministrazione, passare o non alla iscrizione ipotecaria.

Abbiamo detto che la iscrizione ipotecaria presa sui beni del debitore in nome della massa, non può giovare ad ogni singolo creditore neppure quando l'unione sia disciolta. Qui aggiungiamo chè, qualora o pel concordato ottenuto dal fallito coi creditori, o quando alla chiusura del fallimento ed all'integrale soddisfacimento delle ragioni dei creditori, rimanga una parte della sostanza attiva al fallito, se in questa parte entra un credito iscritto dal curatore a nome della massa, la iscrizione giova al fallito reintegrato nei suoi diritti di proprietà e d'amministrazione (1). Ciò è evidente, perchè la massa rappresentava, patrimonialmente il fallito ed agiva, coi diritti di costui, in favore dei di lui creditori; quindi, appena cessi la rappresentazione forzata in causa del fallimento, il patrimonio residuo del fallito ritorna al suo prisco e naturale rappresentante al quale giovano tutti gli atti dagli amministratori della massa fatti per la conservazione e l'amministrazione del patrimonio caduto in fallimento; per ciò anche la garanzia ipotecaria dei crediti preesistenti alla dichiarazione del fallimento, continua in favore del fallito.

La iscrizione ipotecaria presa sui beni del debitore del fallito, non lede per nulla alle iscrizioni prese sui beni dello stesso debitore, dai creditori del fallito, individualmente; così come non esclude ulteriori iscrizioni ipotecarie che codesti creditori vogliano prendere sui beni del debitore della massa, in garanzia di crediti indipendenti dalla massa del fallimento: ciò è troppo naturale e troppo logico perchè ci si debba soffermare ad ulteriori dichiarazioni (2).

La iscrizione che il curatore deve prendere sui beni del debitore della massa in causa del prescritto dell'articolo 748, è una iscrizione di ipoteca legale? (3). Pel nostro Codice civile non può esservi dubbio perchè esso non contempla codesta specie di ipoteca nell'enumerazione che fa all'art. 1969 delle persone che hanno ipoteca legale; nè si può credere che la enumerazione quivi fatta sia una enumerazione dimostrativa: e mentre l'Alauzet nel passo citato vorrebbe accordare a questa ipoteca il carattere di ipoteca legale, il Calamandrei (4), la rimanda giustamente alle norme stabilite dal Codice civile all'art. 1979 per la iscrizione delle ipoteche convenzionali. Certo che qui la apparenza della ipoteca è quella di un'ipoteca legale, per la trista locuzione della legge; perchè sembra senz'altro consentita ed ordinata dalla legge commerciale; ma per la sua natura ha d'uopo del consenso del debitore del fallimento; il qual debitore può liberarsi dalla gravezza che sui suoi beni porterebbe la ipoteca, pagando il suo debito e liberandosi per tal guisa. È a notarsi che quest'ipoteca, come ipoteca convenzionale, non nascerebbe all'atto stesso del costituirsi del titolo di credito che verrebbe ad esserne la causa; avrebbe,

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 276, n. 320. — Ivi si cita l'ALAUZET al § 2602, da noi non potuto verificare. — Cfr. DALLOZ, voce citata, n. 491.

(2) Cfr. ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 144, n. 1752.

(3) Cfr. ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 148, n. 1752.

(4) Op. cit., vol. I, pag. 276, n. 319.

invece, una nascenza posteriore indipendentemente dalla volontà e dal consenso del debitore stesso, e, quindi, assumerebbe il carattere particolare di una ipoteca imposta *ope legis* sui beni del debitore del fallimento, prima che il credito sia venuto a scadenza, e senza altra ragione che la garanzia che la legge richiede per sicurezza degli interessi della massa dei creditori del fallito. Di più la qualità di ipoteca legale importa la iscrizione di pieno diritto volente o nolente il gravato: ed in questa guisa è indubbio che l'art. 748 del Codice di commercio avrebbe quella applicazione assoluta, che la locuzione sua sembra aver voluto assicurare all'ipoteca, da prendersi sui beni immobili dei debitori del fallito: laddove la ipoteca convenzionale, che deve aver causa dal consenso del gravato, presenterebbe un grave ostacolo alla assoluta applicazione del principio sancito al capoverso dell'articolo 748 del Codice di commercio.

Comunque sia della questione così suscitata dall'Alauzet, è ben certo che di fronte al diritto ipotecario italiano, e di fronte al prescritto assoluto del Codice di commercio, nell'articolo citato, non si saprebbe a qual partito possa attenersi la dottrina, — quantunque nella pratica la iscrizione prendendo causa *ipso jure* per la disposizione della legge, finisca coll'applicarsi secondo le norme degli art. 1974 e seguenti del Codice civile — se non si ricorre alla differenza che corre tra consentimento dell'ipoteca e la sua iscrizione: perchè devesi aver mente che il legislatore commerciale ha parlato di iscrizione di ipoteche che non fossero state prese sui beni dei debitori del fallito: quindi suppone che la ipoteca sia di già *consentita* dal debitore a favore del commerciante quando si costituì il credito, ma non sia per anco iscritta; suppone, cioè, che si tratti non di una ipoteca assolutamente nuova per un credito originariamente costituito senza alcuna garanzia ipotecaria, ma bensì d'un credito costituito appunto con un'ipoteca. Così non vi può essere dubbio che la ipoteca, che non nasce materialmente, ma diventa effettiva ed efficace per la iscrizione presa dal curatore per ordine della legge, è una ipoteca convenzionale; che il legislatore ad altro non volle alludere che ad un'ipoteca di tal fatta; e che infine ne ordinò, non la costituzione *ab origine*, ma soltanto la iscrizione.

Il curatore nell'iscrivere la ipoteca sui beni del debitore del fallimento, osserverà tutte le norme, che l'art. 1987 del Cod. civile prescrive appunto per la iscrizione delle ipoteche, qualunque sia la loro specie. Quindi il curatore deve presentare all'uffizio delle ipoteche il titolo costitutivo della ipoteca e due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo. Queste note devono contenere tutte quelle indicazioni che l'articolo 1987 prescrive al n. 1; colla differenza che il creditore vi figura come fallito, e che la iscrizione si indica essere presa in nome della massa dei creditori del fallimento, come è prescritto dall'articolo 748 secondo capoverso: di più al numero 2 di detto art. 1987 del Codice civile, la dichiarazione di domicilio con quelle formalità che la legge richiede si fa dal curatore del fallimento, appunto perchè la iscrizione è presa in nome della massa dei creditori del fallito e non in nome del fallito: le altre norme dell'articolo 1987 si seguono interamente così come sono fissate.

Gli effetti che dalla iscrizione dell'ipoteca, per parte del curatore del fallimento, nascono a favore della massa dei creditori, ed al caso a favore dello stesso fallito, sono di quelli che nascono da ogni altra ipoteca convenzionale regolarmente iscritta, e la ipoteca non prende grado che dal momento in cui fu iscritta (Codice civile, art. 2007).

È a notarsi, da ultimo, che il curatore deve iscrivere non solo le ipoteche nuove, ma deve rinnovare le ipoteche che vengono ad essere cadute o per prescrizione o per sopravvenienza del termine, o per quelle cause

particolari che ne possono estinguere la esistenza (1).

213. *Certificato del cancelliere che prova la nomina del curatore.* — Unitamente alle note di cui parla l'art. 1987 del Codice civile, ed alle quali allude il capoverso dell'articolo 740 del Codice di commercio, il curatore deve presentare alla conservatoria delle ipoteche un certificato del cancelliere del tribunale, dal quale sia provata la nomina del curatore del fallimento. La necessità di questa prova del mandato amministrativo conferito dal tribunale al curatore, o a norma dell'art. 691, o a norma dell'art. 717, è data dall'obbligo che ha il curatore di giustificare la sua qualità di fronte a chi deve ricevere la iscrizione, perchè essendo presa in nome di una università di individui col titolo costitutivo intestato ad una persona che non è più quella che procede alla iscrizione della ipoteca, è troppo logico che il conservatore della ipoteca conosca, per un documento inoppugnabile, la qualità della persona che presenta la ipoteca alla iscrizione: il documento inoppugnabile è, qui, il certificato rilasciato dal cancelliere del tribunale; e il tribunale dev'essere quello che ha pronunziata la sentenza dichiarativa del fallimento. Osserviamo tuttavia che il legislatore poteva usare una più limpida locuzione al capoverso dell'art. 748, di quella che ha usata: perchè ivi si parla di documento che provi la nomina; mentre non è necessario che sia provata la nomina avvenuta nella persona di chi si presenta alla iscrizione, ma piuttosto è necessario che sia provata la di lui attuale qualità di curatore; ossia la attualità della sua funzione amministrativa. Perchè potrebbe ben avverarsi che il curatore provvisoriamente nominato secondo l'art. 691 abbia ottenuto un certificato come all'articolo 748, per gli scopi di cui ivi si parla; e, quindi, nominato il curatore definitivo secondo l'art. 717 Codice di commercio, in una nuova persona, può darsi che anche a costui necessiti il certificato della sua nomina per iscrivere ipoteca sui beni di qualche debitore della massa. Di qui due documenti ugualmente redatti, e per la loro natura intrinseca e per riguardo all'ufficio delle ipoteche validi ugualmente e contemporaneamente, sicchè possono verificarsi inconvenienti che rechino danno alla amministrazione della massa: laddove questo difetto tecnico, per quanto poco rilevante nella pratica, non sarebbesi mostrato mai, qualora il certificato, rilasciato dal cancelliere del tribunale, provasse non solo la nomina a curatore ma anche l'attualità delle sue funzioni amministrative.

Si domanda: il documento rilasciato dal cancelliere del tribunale è un documento che serva per tutte le iscrizioni ipotecarie che il curatore può dover prendere sui beni di molti debitori del fallito, oppure ad ogni iscrizione, diversa per data, deve presentarsi un certificato nuovo? La legge commerciale parla del certificato il quale va unito alle note e consegnato all'ufficio delle ipoteche: e il Codice civile all'articolo 1988 ordina al conservatore delle ipoteche di restituire al richiedente i documenti presentati ed una delle due note di cui si parla all'art. 1987; quindi anche il certificato viene restituito; da ciò può ricavarsi che questo stesso certificato debba rimanere valido sempre e possa sempre essere presentato quando il curatore debba prendere iscrizioni ipotecarie sui beni di debitori della massa.

214. *Esazione di crediti continuata dal curatore definitivo. — La sorveglianza della delegazione dei creditori.* — Siccome il curatore provvisorio non ha alcun diritto ad essere confermato nell'ufficio, come nessun obbligo vi è nei creditori del fallito e nel tribunale di riconfermarlo definitivamente (art. 717), così, cessando dalle sue funzioni, gli obblighi che gravavano il curatore prov-

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 387 § 4570 *b*); BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, p. 34, n. 414.

visorio riguardo all'esazione dei crediti, vengono, immediatamente alla sua entrata in ufficio, a gravare sul curatore definitivo; l'esazione dei crediti costituisce uno dei primi atti amministrativi fatti dal curatore definitivo; e la legge commerciale gliene fa espressa ingiunzione all'art. 748 secondo capoverso.

Si può dire che un vero bisogno di specificare a questo punto uno degli atti più importanti della amministrazione del curatore definitivo, non vi è; perchè il curatore definitivo, sul quale viene a posarsi tutt'intero il peso dell'amministrazione del fallimento, e pel quale gli atti che hanno per iscopo la conservazione dei beni della massa non sono meno importanti di quelli di semplice amministrazione, è indubitatamente tenuto, per la sua sola qualità, a fare via via quegli atti che presentano una maggiore urgenza; quindi ad esigere crediti, ad opporsi a diminuzioni di fatto o di diritto che altri voglia tentare a' danni della massa patrimoniale del fallimento, ad impugnare diritti vantati sui beni del fallito; insomma ad amministrare, nel più ampio significato della parola, il patrimonio di fatto e di diritto che la fiducia dei creditori e la nomina del tribunale gli hanno consegnato. Da ciò si vede come sia propriamente superflua la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 748, che non considera, sembra, urgenti che le esazioni dei crediti, senza vedere che tali esazioni non si possono verificare se non quando i crediti sono divenuti esigibili, e che la continuazione di cui ivi si parla può benissimo presentare tale una soluzione di continuità, tale un intervallo tra l'ultimo credito esatto dal curatore provvisorio e il primo che sarà ricuperato dal curatore definitivo, da rendere inutile la prescrizione dell'art. 748, ultimo comma, e da farla apparire solo come una superfetazione ed un pleonasmo: quasi che l'unica mansione del curatore definitivo, che succede al provvisorio, fosse la esazione dei crediti.

Ma qui solo non s'è fermata la illustre ingenuità del legislatore del 1882: aggiunge nello stesso comma, stesso articolo, che la esazione dei crediti da parte del curatore definitivo avviene sotto la sorveglianza della delegazione dei creditori.

È d'uopo che il lettore si richiami alla memoria come il curatore provvisorio amministri solamente sotto la direzione e la sorveglianza del giudice delegato, perchè la delegazione dei creditori venendo nominata solo più tardi, — al più venti giorni dopo la pronunciazione della sentenza dichiarativa di fallimento — ben di raro può funzionare contemporaneamente al curatore provvisorio; laddove funziona sempre di contesto col curatore definitivo, la cui nomina avviene pressochè contemporaneamente a quella dei membri della delegazione: riveda, il lettore, l'art. 713, comma primo, e vedrà che l'amministrazione del fallimento è esercitata da un curatore, colla sorveglianza della delegazione dei creditori. Quindi torna ad essere ozioso il prescritto dell'art. 748 che sottopone il curatore definitivo alla sorveglianza della delegazione dei creditori; come se questa sorveglianza non fosse la regola necessaria, che innesta l'ingerenza di detta delegazione nell'amministrazione del fallimento, gerita dal curatore definitivo, dal momento in cui la delegazione è costituita fino alla chiusura del fallimento.

Perchè poi se si volesse riscontrare nell'ultimo comma dell'art. 748 solo una parvenza di necessità converrebbe creare un ridicolo assurdo; e cioè: dato che il curatore definitivo accettasse immediatamente la nomina; entrasse immediatamente in funzione; vi fossero dei crediti immediatamente esigibili; e d'altro lato la delegazione di sorveglianza, per quanto nominatine i membri, non funzionasse ancora: dovrebbe, il curatore, per rendere applicabile l'infelice disposto dell'art .748, soprassedere alla esazione dei crediti fino a che il comitato dei creditori, bene organizzato e col proprio

presidente, potesse esercitare quella sorveglianza di cui lo ha gravato l'ultimo alinea dell'articolo 748: il che, ripetiamo, sarebbe semplicemente assurdo: ma di una assurdità umoristica, a voler dimenticare il grave danno che alla massa patrimoniale del fallimento ne verrebbe. Nel caso poi si verificasse l'ipotesi di cui sopra, che cioè il curatore definitivo non si trovasse nell'inizio del suo ufficio di fronte alla delegazione dei creditori, è fuor di dubbio che tutti gli atti amministrativi e conservativi si farebbero da lui ugualmente, ma sotto la direzione e la sorveglianza del giudice delegato.

Crediamo, da ultimo, inutile avvertire: che il curatore definitivo entrato in ufficio assume solo responsabilità pei danni che dai suoi atti o dalla sua negligenza potessero derivare alla massa: e la responsabilità degli atti fatti dal curatore provvisorio, si limita a costui anche se i danni si verificarono durante la gestione del curatore definitivo: che l'amministrazione della massa viene per intero nelle mani del curatore definitivo dopo che il curatore provvisorio gli avrà fatta la regolare consegna di tutto ciò ch'era a sue mani nella temporanea amministrazione da lui gerita: e che il curatore definitivo è tenuto a fare immediatamente quegli atti conservativi, i quali, pur potendo dal curatore provvisorio essere fatti, non ebbero da lui evasione, ma si ponno tuttavia ancora tempestivamente adempire (1).

215. *Il curatore riceve e legge la corrispondenza del fallito.* — La Camera di commercio di Venezia, censurava la disposizione contenuta all'art. 749 dell'attuale Codice di commercio (807 del progetto preliminare) trovandola oppressiva e meno che dignitosa di fronte al fallito, « persona, la quale, quantunque fallita, non ha cessato di essere uomo, e può avere segreti suoi e di altri, relazioni delicate, che non vuole e che non deve confidare ad alcuno »; dippiù, riguardo alla violazione del segreto epistolare del fallito, osservava che « quando il segreto è confidato a molte persone è spesso difficile che sia conservato religiosamente il silenzio »; in vista di che proponeva « che le lettere del fallito..... vengano consegnate al curatore e non ad altri; e che, se non riguardino interessi patrimoniali, egli debba restituirle al fallito, e serbarne il segreto, e che, in caso contrario, egli sia soggetto ad una sanzione penale. Se invece le lettere concernano il fallimento, il curatore dovrebbe essere obbligato a tenerle a parte e farle conoscere più tardi ai membri della delegazione » (2). Il Codice, nel progetto definitivo all'art. 733, conservò, migliorandole, le disposizioni dell'art. 579 dell'abolito Codice, le quali presentavano già un sensibile miglioramento sulle disposizioni analoghe contenute all'art. 471, ultimo capoverso, del Codice di commercio francese: ma adottò il criterio esposto dalla Camera di commercio di Venezia, togliendo l'obbligo della ostensione delle lettere ai membri della delegazione, e imponendo al curatore la conservazione del segreto epistolare che rimaneva per tal guisa violato. Il Codice di commercio neerlandese contiene all'art. 807 la stessa disposizione che il Codice francese al § 471: i curatori aprono tutte le lettere dirette al fallito, e questo, se presente, può assistere a tale apertura. L'ordinanza germanica, 10 febbraio 1877, sul fallimento, al § 111 stabilisce, con notevole diversificazione da tutti gli altri Codici commerciali, che gli uffici di posta e telegrafi debbano rimettere al curatore, sull'ordine del tribunale del fallimento, tutte le spedizioni, lettere e dispacci destinati al fallito. Il curatore è autorizzato ad aprirli. Il fallito può prenderne conoscenza e, se il loro contenuto

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 277, n. 321.

(2) GALDI, *Il Codice di commercio*, vol. II, p. 391.

non concerne la massa, dimandarne la liberazione. Di più, è in facoltà del tribunale, sulla dimanda del fallito, inteso prima il curatore, di rivocare o restringere codesta misura. Secondo il § 89 della legge sui fallimenti austriaca (1869), il tribunale che ha pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento, deve tosto darne avviso agli uffici telegrafici e postali; allora questi uffici sono obbligati a recapitare all'amministratore della massa tutte le spedizioni, le lettere ed i dispacci diretti al fallito. Questa misura deve durare fino a che si presenta necessaria a cautela dei diritti dei creditori. Però l'amministratore della massa deve permettere al fallito l'ispezione delle lettere e dei dispacci, che pervengono sotto l'indirizzo di lui, e tra cui sono da rilasciarsi al medesimo quei carteggi che non riguardano la massa. L'art. 1084 del Codice di commercio spagnuolo è conforme al 471 del Codice francese; così pure gli articoli 1174 del Codice portoghese; 489 del Codice belga; e 179 del Codice turco. Invece è notevolissimo il Codice di commercio chileno che all'art. 1421 stabilisce che " i sindaci non possono procedere alla apertura della corrispondenza del fallito senza prima averlo citato ".

Gli autori concordano tutti nel sostenere la opportunità della misura stabilita dal legislatore commerciale, per ciò che riguarda l'apertura della corrispondenza del fallito da parte dell'amministratore della massa. Il Vidari (1) scrive che è necessario che il curatore " possa trar lume anche dalla corrispondenza che, per avventura, giunga al fallito durante lo stato di fallimento; perchè non è difficile che i suoi corrispondenti si lascino andare a notizie od a dichiarazioni importanti "; quindi ben ha stabilito il legislatore che la corrispondenza tutta del fallito sia aperta e riconosciuta dal curatore; così è salvaguardato l'interesse della massa; ed a quello del fallito è pure sufficientemente provveduto coll'autorizzazione concessagli d'assistere all'apertura della corrispondenza e di chiedere la consegna di quella parte fra essa che non interessi l'amministrazione. Il Calamandrei (2) riconosce che " la disposizione dell'articolo in esame può parere, a primo aspetto, una offesa al più sacro diritto dei cittadini, quello della inviolabilità del segreto epistolare. Ma è una dura necessità, riconosciuta da quasi tutti i Codici moderni: l'interesse dei creditori, quello che ha la giustizia ad essere illuminata, la grave prevenzione cui soggiace il fallito pel fatto del suo fallimento, tutto giustifica una deroga al rispetto dovuto al segreto delle corrispondenze ". Anche il Boulay-Paty non esita ad affermare che " la suite des affaires commencées et les règlements à opérer avec les créanciers ou les débiteurs, exigent que les syndics aient à leur disposition la correspondance du failli; les lettres qui lui sont adressées, de quelque part et pour quelque cause que ce soit, doivent en conséquence leur être remises; il peut seulement, s'il est présent, assister à leur ouverture; cette règle semble, au premier aspect, blesser un des principes le plus sacré de la société; mais on peut dire que le failli n'a plus, en quelque sorte, le droit de réclamer l'inviolabilité de ses lettres, parce qu'il est sous le poids d'une prévention grave, et que tout, sans exception, doit être dévoilé à ses créanciers et à la justice. L'intérêt de ceux-ci fait déroger au respect qui est dû au secret des lettres " (3). L'Alauzet (4) non aggiunge alcuna illustrazione all'art. 471; e con lui il Renouard (5) e il Pardessus (6); il Bédarride invece

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 390, § 4573.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 277, n. 322.
(3) Boulay-Paty, op. cit., vol. I, pag. 322-323, n. 345.
(4) Op. cit., vol. IV, pag. 121, § 1733.
(5) Op. cit., vol. I, pag. 459.
(6) Op. cit., vol. II, pag. 575, § 1156.

sostiene che la violazione del segreto epistolare, la cui santità fu riconosciuta da tutti " les peuples policés „, non è che il dettato di una necessità a cui non si poteva portare rimedio efficace di alcuna altra specie, e " ce n'est pas sans hésitation que cette question a été résolue par l'affirmative „; e che il principio della inviolabilità del segreto epistolare fu sacrificato soltanto per " l'espérance d'une réparation, que la connaissance de la correspondance pouvait amener „ (1); identiche considerazioni propone il Dalloz (2) a questa disposizione; aggiungendo la necessità dell'applicazione restrittiva della facoltà accordata all'amministratore della massa del fallimento.

In effetto, più palese non poteva essere la deroga al principio della inviolabilità del segreto epistolare che è uno dei benefici più gelosamente custoditi dai popoli civili. Ma è pur altrettanto urgente la necessità di provvedere agli interessi della massa dei creditori non meno che a quelli della offesa moralità pubblica, ed all'allarme che si spande nella vita commerciale dei luoghi dove scoppia un fallimento, specialmente se questo è di grave entità. Quindi è fuor di dubbio, che un effetto di quella particolare diminuzione di capo in cui incorre il fallito pel solo fatto della cessazione dei pagamenti, debba essere quello di revocare a di lui riguardo quella pienezza di diritti civili e sociali che gli altri cittadini godono e dei quali, normalmente, non possono essere privati; tanto più che, come è avvertito dalla mirabile concordia della dottrina su questo punto, la visione delle lettere e telegrammi diretti al fallito durante lo stato di fallimento, può portare molta luce, non solo per riguardo all'amministrazione del fallimento, ma anche per riguardo alle frodi ed ai reati particolari perpetrati dal fallito, o da altri in suo nome, in modo da trasformare il fallimento in bancarotta.

La locuzione usata dalla legge " lettere e telegrammi diretti al fallito „ trova dalla dottrina una interpretazione più vasta di quella che l'apparenza tassativa della lettera della legge parebbe accordarle: è accettato da tutti, e pure dalla giurisprudenza, che il legislatore intese comprendere tutta intera la corrispondenza del fallito sia commerciale che privata; quindi le cartoline postali, come i biglietti postali, i pacchi postali, le circolari e tutto ciò che, diretto al fallito e ricapitatogli coi mezzi odierni di trasmissione postale o ferroviaria o telegrafica, possa dubitarsi contenere notizie relative al fallimento. La ragione per cui il legislatore del 1882 ha usata la locuzione antica surriferita, in luogo della più ampia e comprensiva data dalla parola " corrispondenza „ è facile riscontrarla, considerando che questo articolo 749 è fatto sullo articolo 579 del Codice cessato; e mentre si aggiunsero alle lettere, che erano le sole ivi contemplate, i telegrammi, quasi constatando il progresso scientifico e commerciale di questa ultima metà del secolo XIX, non si ebbe mente che a rendere più facile e meno costoso l'intrattenere relazioni epistolari tra persone lontane, si era creata la cartolina postale; così, per una dimenticanza si rese monca la disposizione di legge: ad ogni modo a questa lacuna lasciata dal legislatore hanno posto rimedio, come dicemmo, la dottrina e la giurisprudenza.

Avvertasi da ultimo, che questo diritto singolare, concesso alla amministrazione del fallimento contro il fallito va interpretato, quanto alle persone, restrittivamente; e così come i creditori non hanno diritto, *uti singuli*, di vedere la corrispondenza del fallito; nessuno, nè curatore, nè giudice delegato, nè delegazione dei creditori, ha

(1) Op. cit., vol. I, pag. 341 342, n. 285.

(2) Op. cit., voce citata, pag. 166, n. 443.

diritto di aprire la corrispondenza diretta alla moglie, ai figli, o a qualunque altro membro, in qualsiasi grado di parentela, della famiglia del fallito (1). E il curatore ha diritto e dovere insieme di sorvegliare, appena assunto l'ufficio e tanto se è provvisorio come se è definitivo, che nessuna lettera, nessun telegramma, nessun pacco, nessun biglietto, nessuna cartolina, venga consegnata al fallito e tanto più venga da questo soppressa; perchè, senza pregiudizio delle pene che potranno essere inflitte e a lui ed al fallito per la connivenza nella perpetrazione del fatto doloso, egli sarà poi particolarmente responsabile pei danni che alla massa dei creditori può quella soppressione aver arrecati. Il curatore, poi, intratterrà lui stesso, a nome e nell'interesse della massa, quella corrispondenza commerciale che necessitasse continuare, informando il corrispondente dello stato di fallimento in cui trovasi il precedente destinatario della corrispondenza (2).

216. *Il fallito assiste alla apertura della corrispondenza e chiede la consegna di quella che non riguarda la gestione patrimoniale.* — Ma per quanto diminuito nell'esercizio dei suoi diritti, il fallito, come osservava la Camera di commercio di Venezia, non cessa d'essere uomo, e come tale non perde alcuni diritti che hanno, per le condizioni attuali della nostra civiltà, carattere assoluto di inalienabilità: ora il legislatore ha riconosciuto appunto che il diritto del fallito di veder rispettato il proprio segreto epistolare, per quanto necessariamente sospeso, reclamava tuttavia alcune garanzie che il fallito stesso assicurassero contro gli abusi che il curatore potesse perpetrare a suo danno. Prima fra queste garanzie esplicitamente dalla legge fissata, è l'assistenza accordata al fallito, all'apertura delle proprie lettere. Abbiamo visto che tutti i Codici di commercio ammettono nel fallito questo diritto; e che anzi una legislazione commerciale, la chilena, vuole che il fallito sia presente o citato; nè, a parer nostro, le lodi vanno risparmiate a quel legislatore, il quale così si mostrò più rispettoso della dignità del fallito, come uomo, e dei diritti inalienabili che gli sono inerenti. Dunque il fallito può assistere all'apertura e nessuna scusa può essere trovata per allontanarlo: egli sorveglia il curatore in questa funzione per evitare che abusi del concessogli diritto e che sconfini dallo scopo della legge; il quale è, evidentemente, che il curatore debba interessarsi soltanto a quella corrispondenza che abbia carattere commerciale o che sia attinente, in qualche modo, agli interessi patrimoniali del fallito; certo è che, pur non avendo il fallito nessun diritto di opporsi all'apertura di quella corrispondenza che può, anche esteriormente, riconoscersi come affatto indifferente alla amministrazione del fallimento, tuttavia

(1) RUBEN DE COUDER, op. cit., pag. 159-160, n. 529; BRAVARD-DEMANGEAT, op. cit., vol. v, p. 314; LAROQUE-SAYSSINEL, op. cit., n. 816; e tutti gli Autori più indietro citati.

(2) La legge sul servizio delle poste, 5 maggio 1862, stabilita la inviolabilità del segreto epistolare, e l'obbligo della consegna delle lettere e corrispondenze al destinatario, all'art. 31 *b*) dice:

" Le lettere affidate alla posta non sono soggette a sequestro che nei casi seguenti:

" *a*).....

" *b*) quando il destinatario sia fallito e ne sia fatta istanza da uno degli aventi diritto ".

L'art. 20 nell'*Istruzione* sul servizio di posta, 1881, dice:

" Nessun sequestro può aver luogo se non per decreto dell'autorità giudiziaria ";

Al che l'articolo 23 della medesima *Istruzione* aggiunge:

" Le lettere sequestrate vengono rimesse alla persona designata dall'autorità giudiziaria, ritirandone ricevuta nella quale deve citarsi l'ordinanza di sequestro;

" Per quelle raccomandate ed assicurate la ricevuta è fatta sul consueto registro, con indicazione dell'ordinanza di sequestro ".

può richiedere che il curatore non legga il contenuto di questa, una volta che abbia constatato che nessun interesse può avervi la massa dei creditori.

Una seconda garanzia, ben più ampia della prima, ma non così importante, è il diritto riconosciuto nel fallito di chiedere la consegna della corrispondenza che non riguardi i suoi interessi patrimoniali. Il Codice cessato, all'art. 579, imponeva ai sindaci, senz'altro, l'obbligo della consegna al fallito delle lettere che non riguardassero " affari di commercio „; questa locuzione veniva ad escludere una parte della corrispondenza che, senza essere commerciale, era ugualmente importante pella massa dei creditori, potendo riguardare interessi patrimoniali propri del fallito, e quindi beni che potevano essere indotti nella massa patrimoniale del fallimento; il legislatore del 1882 corresse questo difetto della legge precedente, e impedì la consegna al fallito di tutta la corrispondenza che riguardi i costui interessi patrimoniali, intendendovi compresi tanto gli interessi commerciali che quelli non commerciali: notisi qui che il Codice francese non parla affatto della consegna al fallito della corrispondenza non interessante l'amministrazione della fallita (1). Adunque il fallito può chiedere la consegna di una intera categoria di corrispondenza; ma a chi deve chiedere questa consegna? Può essa venirgli rifiutata? Nulla dice la legge in proposito; però è fuori di dubbio che la domanda di consegna deve essere rivolta a quella stessa persona che riceve, apre e legge la corrispondenza del fallito, cioè al curatore. Quanto all'obbligo assoluto che il curatore può avere di consegnare sempre la corrispondenza richiestagli dal fallito, la bisogna procede in diversa guisa. Il curatore rimane il solo giudice dell'attinenza che può avere cogli interessi patrimoniali del fallito e quindi colla amministrazione del fallimento, la corrispondenza che egli riceve e legge e di cui il fallito gli richiede la consegna; quindi è troppo chiaro che in questa condizione di cose il curatore possa a pien diritto rifiutare la consegna. In questo caso il fallito o si acqueta alle ragioni che il curatore potrà per avventura dargli per giustificare la rifiutata consegna, e tutto ha fine; o si crede soprusato dal curatore e altra via non gli resta che di rivolgersi al giudice delegato chiedendogli giustizia contro il curatore (2); ma neppure il giudice delegato può ordinare *illico et immediate* la consegna; deve, accolto il reclamo del fallito, sentire il curatore sulle ragioni per le quali egli non crede opportuno consegnare al fallito la corrispondenza che quegli gli richiese, o per le quali non crede si possa consegnargli altro che una parte di quella corrispondenza: e provvedere quindi o secondo la domanda del fallito o secondo le ragioni del curatore. È certo, ad ogni modo, che il giudice delegato vorrà raramente imporre al curatore, sul quale, alla fine, grava la maggior responsabilità dell'amministrazione, la consegna della corrispondenza, quando le ragioni espostegli, che rendono pericoloso o dannoso quell'atto, abbiano un fondamento di verità.

211. *La violazione del segreto epistolare. — Il rimedio proposto dal legislatore commerciale.* — Ultima garanzia, assicurata al fallito per rendergli meno dannosa che sia possibile la sospensione del suo diritto a non veder violato il segreto della sua corrispondenza, è data dall'obbligo fatto al curatore di conservare il segreto epistolare. Questa prescrizione dell'art. 749 del nostro Codice di commercio, pur così giusta, si riscontra in ben pochi dei Codici commerciali

(1) La dottrina francese però ammette concordemente che questa corrispondenza viene immediatamente resa al fallito anche senza sua domanda.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 279, n. 323.

vigenti; nè il Codice francese, nè il Codice neerlandese, nè la ordinanza germanica sul fallimento, nè quella austriaca, fanno al curatore del fallimento questo dovere; forse si pensò da quei legislatori che bastasse l'onestà dello amministratore stesso del fallimento, a garantire il fallito che non verrà fatto mercato del segreto epistolare: forse si pensò che le pene sancite dalle leggi penali contro chi viola e propala il segreto epistolare, applicabili anche allo amministratore del fallimento, bastassero, a renderlo guardingo nel lasciarsi andare ad illeciti abusi del segreto epistolare da lui, per ordine della legge, violato. Comunque sia di ciò, il nostro legislatore ottimamente si comportò nel ripetere la disposizione contenuta nell'articolo 579, capoverso, del cessato Codice di commercio, riguardante il segreto epistolare: si diceva, in quel capoverso, che i sindaci dovevano conservare " il più rigoroso segreto „ sulla corrispondenza del fallito da loro aperta. Sul che dobbiamo dire che la espressione " rigoroso „ usata dal legislatore commerciale del 1865, come una qualificazione del segreto che dovevasi conservare dai Sindaci, non pare un pleonasmo, come dice il Calamandrei (1): ben è vero che la voce " segreto „ è esauriente riguardo al proprio significato e che non si concepisce, teoricamente, un segreto più o meno rigoroso, un segreto più o meno assoluto; ma se questo segreto può conservarsi colla sua vera natura quando è da un solo conosciuto, come è nel caso dell'attuale curatore, non è più possibile quando, come nella precedente procedura di fallimento, il segreto è posseduto da tre persone contemporaneamente; dai sindaci del fallimento: dunque lo scopo del legislatore nell'usare la parola " rigoroso „ per qualificare il segreto che dovevano conservare i sindaci, non intendeva misurare la quantità o la qualità teoriche del segreto, ma solo far noto ai sindaci che quel segreto dovevasi conservare da essi non solo individualmente come amministratori del fallimento e come cittadini, ma anche collettivamente come organismo dell'amministrazione. Il legislatore del vigente Codice di commercio, seguace più schizzinoso della lingua che si parla nel " bel paese là dove il sì suona „, volle escludere la qualifica del segreto; e nulla è a dirsi in proposito.

Dunque il curatore rimane la sola persona che conosca il segreto epistolare del fallito, secondo stabilisce l'art. 749; egli è il solo che lo ha violato; egli è il solo che deve conservarlo. Qui si presenta una domanda: è veramente il solo curatore quello che conosca il segreto epistolare del fallito? Di fronte all'art. 749 non può esservi dubbio: ma se noi ci volgiamo a quello che dispone l'art. 726 rispettivamente al diritto che ha la delegazione dei creditori di ispezionare quantunque volte lo ritenga opportuno — diritto concesso non solo alla delegazione come corpo funzionante nell'amministrazione, ma pure individualmente a ciascuno dei membri che la compongono — le carte del fallito, i suoi libri, registri, e le carte relative all'amministrazione del fallimento, possiamo domandarci se la delegazione dei creditori possa prendere visione anche della corrispondenza del fallito e presenziare all'apertura di essa; così, per vero, sarebbe pienamente adempito ciò che prescrive l'articolo 713 quando dice che l'amministrazione del fallimento avviene sotto la direzione del giudice delegato e sotto la *sorveglianza della delegazione dei creditori*. Sembra a noi che alla domanda che abbiamo fatta si possa rispondere, distinguendo il segreto epistolare che dev'essere conservato, da quel segreto che non può nè deve esserlo, essendo costituito da notizie che interessano l'amministrazione del fallimento. Il segreto che il legislatore vuol conservato è quello ap-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 279, n. 324.

punto costituito dalle notizie personali, proprie del fallito, le quali, pur non avendo alcuna attinenza coll'interesse patrimoniale del fallito, nell'ispezionare la costui corrispondenza vennero tuttavia necessariamente a cognizione del curatore; e di queste notizie nessuno, nè giudice delegato nè delegazione dei creditori può pretendere partecipazione: tale è la mente del legislatore: quanto alle notizie che interessano la massa non solo devono essere conosciute dalla delegazione dei creditori, ma devono anche essere a tutti questi comunicate.

All'apertura della corrispondenza, poi, non è d'uopo assista anche la delegazione dei creditori; quantunque si debba riconoscere che la sorveglianza a codesta operazione non si può considerare al tutto priva di scopo; chè anzi può evitare eventuali soppressioni, o consegne di corrispondenze al fallito, le quali interessino la massa dei creditori: soppressioni o consegne effettuate dal curatore infido d'accordo col fallito (1). Però rimane sospesa la questione se la delegazione dei creditori possa presenziare alla apertura della corrispondenza del fallito fatta dal curatore; noi facciamo osservare che l'assistere a codesta apertura non ha per effetto necessario di impossessarsi dei segreti di quella; epperò non può avere quella pericolosità che il Codice di commercio intese ovviare col dare al solo curatore il diritto di aprire le lettere, obbligandolo a conservare il segreto.

Stabilito così quale sia il segreto che il curatore del fallimento deve conservare riguardo alla corrispondenza del fallito da lui aperta e letta, vediamo cosa il legislatore commerciale abbia stabilito per il caso in cui il curatore non ottemperi all'ingiunzione dell'art. 749 del Codice di commercio. È presto detto: la disposizione dell'art. 749 non ha alcuna sanzione particolare: quindi contro il curatore che propali il segreto di cui si è impadronito nell'esercizio delle sue funzioni, sono applicabili le sanzioni del Codice penale in materia di delitti contro la inviolabilità dei segreti. Nella specie poi della violazione del segreto epistolare perpetrata dal curatore devesi osservare, che la imputazione che gli può essere fatta e la querela che il fallito può promuovere contro di lui non possono aver altra base che quella data dall'art. 163 (2) del vigente Codice penale, che appunto parla della propalazione di un segreto epistolare assunto da alcuno per ragione del proprio stato od ufficio o della propria professione. Quanto poi ai rapporti del fallito col curatore, per ciò che riguarda l'amministrazione del fallimento, è fuor di dubbio che il fallito potrà essere rivocato per la violata segretezza della corrispondenza, o su domanda dei creditori o d'ufficio del tribunale (art. 720) o su domanda del fallito (art. 728).

218. *L'autorizzazione del giudice delegato per la vendita delle cose che* servando servari non possunt. — Nell'esaminare l'art. 736 riguardo alla sottrazione ai sigilli delle cose delle quali fu autorizzata la vendita, abbiamo avvertito come quella disposizione peccasse di preposterità, pel fatto che non si poteva ancora, assai probabilmente, avere la autorizzazione richiesta per la vendita delle cose stesse; e perchè allora

(1) Il Vidari fa osservare che è il fallito libero che può assistere all'apertura della propria corrispondenza; quello detenuto nè può riceverne nè può consegnare (Op. cit., § 4573).

(2) Art. 163: " Chiunque avendo notizia, per ragione del proprio stato od ufficio o della propria professione od arte, di un segreto che, palesato, possa cagionare nocumento, lo rivela senza giusta causa, è punito con la detenzione sino ad un mese o con multa da lire cinquanta a mille: e questa non può essere inferiore alle lire trecento, se il nocumento avvenga „.

Il querelato curatore dovrà dunque provare che egli non può essere punito perchè il segreto da lui palesato non poteva arrecare, come non arrecò, nocumento?

senza la autorizzazione non potrebbe il curatore, che è sempre provvisorio all'epoca in cui si appongono i sigilli, ottenere la sottrazione di questi oggetti alla apposizione dei sigilli. Ora l'incongruenza dell'art. 736 appare ancora meglio di fronte all'art. 750 in quanto che questo articolo parli dell'autorizzazione alla vendita degli oggetti che *servando servari non possunt*, o pei quali le spese o l'incomodo della conservazione sarebbero maggiori dei vantaggi della conservazione stessa, data *anche* al curatore provvisorio: mentre è, in regola generale, il curatore provvisorio che può procedere agli atti degli articoli 736 e 750. Osserviamo quello che dispone l'art. 798, riguardo alla vendita normale degli oggetti, che formano la massa del fallimento, quando si tratta della liquidazione dell'attivo del fallimento: per questo articolo il giudice delegato, sentita la delegazione dei creditori, può autorizzare il curatore a vendere le merci e le altre cose mobili che fanno parte della massa del fallimento, prescrivendo le modalità coll'osservanza delle quali deve essere fatta la vendita stessa. Ma l'art. 798 non è applicabile se non dopo che è stata pronunciata la sentenza di cui parla l'art. 765 riguardo alla verificazione dei crediti, pur non osservando, quando concorrano giusti motivi, i termini che sono prescritti dall'articolo 793 relativo ai modi di liquidare l'attivo. Abbiamo allora la ragione per cui la autorizzazione ad una vendita, precedente la verificazione dei crediti, può essere necessaria *anche* per il curatore definitivo. Giacchè se al giudice delegato non fosse dall'art. 750 assicurato il diritto di autorizzare quella vendita, nessuna alienazione di oggetti appartenenti alla massa patrimoniale del fallimento, potrebbe aver luogo se non dopo la pronunciazione della sentenza dell'articolo 765, e colle norme prescritte, nella normalità dei casi, dagli articoli 793 e 798: dimodochè gli oggetti, suscettibili di facile deperimento o di un'assoluta perdita della loro commerciabilità, non potrebbero mai essere venduti quando la necessità si presenti.

Data così la ragione per cui il legislatore ha sancito la regola dell'articolo che ora esaminiamo, regola che, essendo tale riguardo agli oggetti dei quali in questo articolo si esaminano i caratteri, diventa un'eccezione di fronte agli articoli 765, 793 e 798, vediamo più dappresso codesto art. 750.

Nella cessata legge commerciale l'articolo 577 stabiliva lo stesso principio dell'art. 750 del Codice attuale: ma il precedente art. 574, identico all'articolo 734 del Codice vigente, non sottoponeva la sottrazione ai sigilli delle cose soggette a facile deterioramento o diminuzione di valore, all'autorizzazione alla vendita precedentemente concessa: le cose venivano, sulla sola domanda dei sindaci, sottratte alla sigillazione; poi, quando queste erano in tal condizione il giudice delegato autorizzava la loro vendita, alla quale provvedevano i sindaci: sicchè il legislatore del 1865 si era assicurato che nessun inciampo, nessuna inutile o difficile formalità poteva essere opposta ad ottenere alla massa dei creditori il vantaggio che, dalla sottrazione dei sigilli delle cose che *servando servari non possunt*, ne proveniva; ottenuto questo effetto, pensava poi a regolarizzare la vendita necessaria di fronte al principio generale stabilito nel Codice vigente agli articoli 765, 793, 798, fissando la disposizione dell'art. 577 che è, per la materia, identico all'art. 750 del Codice attuale. Invece il legislatore del 1882 schiacciò con una formalità di assoluta osservanza, il vantaggio che intese garantire ai creditori della massa colle disposizioni degli articoli 736 e 750.

Le legislazioni commerciali vigenti negli altri Stati hanno disposizioni analoghe; così il Codice francese di commercio, all'articolo 470 che i sindaci, sull'autorizzazione del giudice delegato dovranno curare la vendita degli oggetti " sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente, ou dispendieux a conserver.....„. Il Codice neer

landese di commercio all'art. 809 vuole che tutte le derrate e merci, soggette a prossimo deperimento siano vendute dai curatori con autorizzazione del giudice delegato e nel modo da esso prescritto. Per vendere gli oggetti che conservati se non ammalorare, potrebbero subire diminuzioni di valore, occorre l'autorizzazione del tribunale accordata su proposta del giudice delegato. L'ordinanza austriaca del 1869 sui fallimenti, imponendo al § 142 che la vendita di beni immobili non possa aver luogo prima che sia tenuta l'adunanza generale di liquidazione, vuole però che la vendita delle cose mobili del fallito avvenga ogni qualvolta appaia necessario per evitare un pregiudizio imminente; e autorizza pure ad ordinare tale vendita anche quando si presenti acconcia ad assicurare un manifesto vantaggio alla massa e non vi osti una pretesa di rivendicazione insinuata, od altrimenti nota. — L'ordinanza germanica 1877, sulla procedura dei fallimenti, stabilisce al § 21 che il curatore dovrà domandare l'assenso del comitato dei creditori, quando esso sia istituito, per vendere, prima della verificazione generale dei crediti, o prima di qualsiasi decisione su un concordato proposto anteriormente alla chiusura della verificazione, quegli oggetti la cui vendita non può differirsi senza pregiudizio apparente per la massa, e non è la conseguenza della continuazione del commercio del fallito. Quindi da ciò si ricava che, pegli oggetti dei quali la vendita non può differirsi senza arrecar danno alla massa, il curatore non ha d'uopo di richieder l'assenso del comitato dei creditori, ma deve senz'altro passare alla alienazione, essendo responsabile dei danni che la sua negligenza può arrecare alla massa. E per vero dire, quando al curatore è fatto l'obbligo generale di amministrare colla diligenza di un buon padre di famiglia, e di procedere senz'altro a tutti questi atti conservativi ed amministrativi che possono essere immediatamente necessari alla massa, non si vede la necessità di stabilire precisamente, che il curatore possa passare alla vendita degli oggetti che *servando servari non possunt* o che sono di troppo difficile o troppo dispendiosa conservazione. Gli è che quasi tutti i Codici hanno voluto che nessun atto di alienazione dell'attivo della massa si facesse prima che avesse avuto luogo la decisiva fissazione dei creditori mediante l'ultima adunanza di verificazione dei crediti, comprendendo nella stessa proibizione sì gli immobili che i mobili del fallito; quindi questa proibizione, che formava un ostacolo insormontabile alla piena applicazione del concetto sopra esposto riguardo ai doveri del curatore, dovette essere, per espressa dichiarazione della legge, di volta in volta limitata o revocata, quando danno poteva venirne alla massa.

Ora la qualificazione degli oggetti che non si possono conservare che con gravi spese o che non si possono conservare affatto, e la loro stima, abbiamo veduto come vengano fatte, secondo prescrive l'art. 736; ma quivi si provvede al solo caso in cui il curatore, presenziando all'apposizione dei sigilli ed avendo ottenuto l'autorizzazione di cui parla l'articolo stesso, voglia evitare sugli oggetti la apposizione dei sigilli. Invece quando il curatore che può essere autorizzato agli atti di cui parla l'articolo 750, non sia il curatore provvisorio, bensì il definitivo ed i sigillli sieno già stati tolti e incominciata quindi la regolare amministrazione, non dice il legislatore come venga fissato il valore di quegli oggetti: nè dice se sia il curatore che chiede l'autorizzazione o il giudice delegato che la concede, colui che può stabilire la maggiore o minor conservabilità degli oggetti, e quindi riconoscere la necessità della vendita immediata. Osserviamo che a norma dell'art. 736, gli oggetti che vengono sottratti all'apposizione dei sigilli lo vengono senz'altro sulla domanda del curatore il quale è, in questo caso, il solo giudice della opportunità della

vendita; e non solo è giudice dell'opportunità della sottrazione ai sigilli e della vendita, ma anche è diggià facoltizzato a passare alla vendita, perchè quell'articolo 736 parla di oggetti " dei quali *fu autorizzata* la vendita „; quindi, come già fu osservato, si suppone che il giudice delegato abbia diggià applicato l'art. 750. Invece il curatore dell'art. 750, che dovrebbe essere sempre, o quasi, il definitivo, bisogna che faccia persuaso il giudice delegato della necessità di vendere gli oggetti che *servando servari non possunt*, ed allora poi il giudice potrà autorizzarlo a venderli. Ma la dottrina (1) è d'accordo nel sostenere che il solo giudice delegato ha diritto di stimare la conservabilità o meno degli oggetti di cui il curatore secondo l'art. 750 chiede l'autorizzazione alla vendita; onde è che deriva da ciò una curiosa antinomia: perchè il curatore che sottrae gli oggetti alla apposizione dei sigilli, giudica lui e fissa la necessità della vendita giacchè l'autorizzazione generica l'ha già ottenuta; ed invece quando l'amministrazione è già incominciata definitivamente, e vi sono oggetti da vendere perchè non suscettibili di conservazione, il curatore non ha più alcun diritto di giudicare, ma è solo il giudice delegato l'arbitro della convenienza di fare o meno quell'atto ad un tempo amministrativo e conservativo; il che può parere assurdo (2). Ad ogni modo non si può supporre che il giudice delegato sulla proposta del curatore — chè il curatore dovrà certamente proporre la vendita degli oggetti deperibili o dispendiosi a conservare — risponda col non autorizzare la vendita; perchè il curatore rimarrà al coperto da ogni responsabilità mentre il giudice delegato la assumerà egli stesso rendendo applicabile a proprio riguardo il disposto dell'art. 727, ultimo comma, sulla sua revocabilità; essendo dubbio, tuttavia, se sia tenuto ai danni civili, considerata la sua qualità di ufficiale giudiziario nell'esercizio delle sue funzioni.

Facilmente si comprende quali possano essere le cose soggette a deterioramento o ad imminente diminuzione di valore; in genere presentano pochissima conservabilità tutte le derrate, cominciando dalle carni fresche giù giù fino alle verdure ed alle granaglie: facendo astrazione dalle derrate specialmente ed appositamente preparate per la conservazione: ed hanno facilità a subire le oscillazioni di valore portate dal mercato degli oggetti di lusso, o di moda, per la facilità con cui variano appunto le mode e il lusso, e diminuisce od aumenta la ricerca di quello o di questo oggetto adatto a soddisfare le esigenze di certi bisogni sociali.

Invece non è così facile stabilire quali siano le cose che sono dispendiose a conservarsi: come principio generale si può ritenere che il legislatore ha voluto alludere alle cose che richiedono costanti e periodiche spese necessarie per la materiale conservazione di esse; vere spese, quindi, di mantenimento le quali sieno occasionate dal consumo che quelle cose stesse fanno o di sè direttamente o per sè. Gli autori italiani, a differenza dei francesi, e il nostro legislatore, copiando dal Codice francese la lettera della legge senza compulsare i motivi, non parlano affatto di codeste cose di dispendiosa conservazione; e non ne illustrano la qualità. Invece il Bédarride (3) e con lui il Dalloz (4), l'Alauzet (5) ed altri, rifacendosi ai motivi per cui fu aggiunta all'art. 464 del Codice di commercio 1807, anche la locuzione " objets dispendieux à

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 394, § 4577; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 280, n. 325; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 457; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, n. 338; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 332, n. 266.

(2) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, p. 331, n. 265 DALLOZ, op. cit., voce citata, § 435.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 331, n. 266.

(4) Op. cit., voce citata, § 434.

(5) Op. cit., vol. IV, pag. 118, § 1732.

conserver„ trovano che "tels seraient les animaux domestiques, les chevaux de luxe, ou attachés à l'exploitation d'une usine, que l'intérêt des créanciers ne permettrait pas d'exploiter„ (1). È ben naturale, adunque, che il curatore, nell'interesse della massa, proponga al giudice delegato la immediata vendita di tali cose, che senza alcun vantaggio aumenterebbero il passivo della massa pel solo fatto della spesa del loro mantenimento, anche indipendentemente dalla diminuzione od aumento del loro intrinseco valore, o del valore commerciale.

Però non possono comprendersi fra le cose di dispendiosa conservazione, quelle rese necessarie dalla concessa autorizzazione a continuare il commercio del fallito, quando questo non possa essere interrotto senza danno dei creditori; ed anche all'infuori di questo caso particolare, si può ritenere come principio generale, che non sono comprese fra quelle che presentano una dispendiosa conservazione le cose che pur essendo attualmente tali, tuttavia per esse il dispendio è compensato dall'aumento del loro valore, o dal prodotto che da esse si ricava, sì che alla fine la massa aumenta il suo attivo: così, se i cavalli di lusso che servivano al fallito commerciante per trarlo in fiammeggiante cocchio, non sono che una fonte di inutili dispendi per la massa dei creditori, e quindi entrano nelle categorie delle cose immediatamente vendibili, perchè di dispendiosa conservazione; invece non possono alla stessa stregua considerarsi i cavalli d'agricoltura che vivono e sono usati su un podere del fallito, caduto nella massa patrimoniale del fallimento, per i lavori agricoli necessari alla conduzione del fondo stesso: e ciò senza che siavi d'uopo ad ottenere l'autorizzazione per la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito.

Infine, carattere predominante della disposizione dell'art. 750 riguardo alla vendita degli oggetti di cui ivi si parla, è che tale vendita, aumentando l'attivo del fallimento, riesca ad evitare alla massa dei creditori, diminuzioni nell'attivo stesso, sia per causa di perdite effettive delle cose, sia per causa di una vendita precipitosa ed ingiustificata di quelle che potevano tuttavia essere conservate e quindi vendute con miglior esito.

219. ***La continuazione del commercio del fallito. — L'industria del fallito è il suo commercio.*** — Anche per ciò che riguarda la continuazione del commercio del fallito, l'art. 750 si richiama direttamente all'art. 736, per quelle stesse ragioni che abbiamo esposto nel precedente numero, parlando della vendita degli oggetti di difficile o dispendiosa conservazione. La continuazione del commercio del fallito, se non può essere interrotto senza danno dei creditori, trova la sua regola normale in ciò che dispone l'art. 794, il quale sospende la vendita degli oggetti appartenenti al fallito, sì mobili che immobili, quando i creditori deliberino che si continui in tutto o in parte ad amministrare il patrimonio commerciale del fallito, per la durata, colle limitazioni e colle condizioni che devono essere da essi precisamente determinate. Anche per ciò che dispone l'art. 794, come avverte il Vidari (2), siamo in sede di liquidazione; dunque i creditori che sono autorizzati a partecipare alla deliberazione di cui parla l'art. 794, sono quelli i cui crediti furono riconosciuti e che furono ammessi al passivo; e l'adunanza, quantunque non sia fissato per lei il limite di cui parla l'art. 793 riguardo alla vendita, non può, però, essere indetta se non dopo la pronunciazione della sentenza di cui parla l'art. 765: quindi la disposizione dell'art. 750 riguardo alla continuazione del commercio del fallito, attribuisce a questa continuazione un carattere

(1) BÉDARRIDE, *ibidem*.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 396, § 4578 *b*).

precario, provvisorio, interinale, che otterrà una sanzione continuativa ulteriormente, o definitiva di cessazione, o anche di sospensione, dai creditori, secondo l'art. 794.

L'estrazione dalla sigillazione degli oggetti che possono essere necessari per la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito, che è ordinata sulle norme dell'articolo 736, è legata, riguardo al curatore provvisorio solamente, da un vincolo indissolubile di necessità; giacchè, ammesso che senza quei tali oggetti non si può continuare l'esercizio del commercio del fallito, e che una volta sottoposti a sigillo, nessuna disposizione autorizza a toglierneli, non potrebbe essere efficace la autorizzazione, data al curatore provvisorio, di continuare il commercio del fallito, dopo che gli oggetti necessari all'esercizio continuativo fossero stati sottoposti a sigillo: ed è converso che la sottrazione di quegli oggetti all'apposizione dei sigilli, non può aver luogo se non è avvenuta l'autorizzazione del giudice delegato; la quale, essendo presa sulla considerazione che i creditori potrebbero risentire danno dalla cessazione del commercio del fallito, diventa effettiva dal momento stesso in cui è data, e quindi non ha d'uopo di ulteriori autorizzazioni a intraprendere di fatto quell'esercizio.

Riguardo al curatore definitivo, pel quale si scorge come sia inapplicabile l'art. 736, l'autorizzazione ha il carattere ristretto di immediata effettività; in quanto che, proposta dal curatore o concessa, senz'altro, di proprio moto dal giudice delegato, produce il suo effetto, autorizzando, in conseguenza, anche l'uso di tutti quegli oggetti che servono alla detta continuazione.

Limite alla concessione di questa continuazione il legislatore ha posta la clausola se il commercio " non può essere interrotto senza danno dei creditori „; dunque il motivo necessario, indispensabile alla continuazione dell'esercizio del commercio, è la considerazione del danno che la non continuazione potrebbe arrecare agli interessi della massa dei creditori. Si noti poi che il legislatore ha usato la locuzione " interrotto „, la quale, nella sua particolare energia d'espressione, e per una ragione etimologica conosciuta, indica, non una definitiva chiusura dell'esercizio del commercio, sibbene una sospensione, una *interruzione*. L'autorità di pronunciare la definitiva chiusura del commercio, la vera cessazione, non risiede nel giudice delegato, ma in chi dalla cessazione assoluta può avere o danno o vantaggio, quindi dai creditori stessi del fallimento; e qui ci riportiamo alla disposizione già citata, dell'articolo 794, che a suo tempo esamineremo. Da qui appare una nuova differenza tra la vendita immediata delle cose che *servando servari non possunt*, e la continuazione dell'esercizio del commercio; perchè la vendita avviene sulla considerazione della difficoltà o del dispendio nella conservazione, che potrebbero ridursi ad un danno effettivo per la massa, e la vendita, una volta avvenuta, non lascia più luogo ad ingerenze od a rimedi proposti dai creditori; mentre la continuazione del commercio, autorizzata dal giudice delegato, può essere senz'altro troncata dalla contraria volontà dei creditori. L'apprezzamento della condizione, richiesta dal legislatore per la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito, è fatto dal giudice delegato? Su ciò pare non possa esservi dubbio, se noi ci facciamo a quell'articolo 727 che, specificando le funzioni del giudice delegato, dice dover costui prendere tutti i provvedimenti urgenti per la conservazione della massa; ed è fuor di dubbio che vi è urgenza nel provvedere alla continuazione di cui l'art. 750, perchè si tratta d'evitare un danno alla massa. Di più, lo stesso art. 750 rende *provvisoriamente* esecutiva la ordinanza del giudice delegato per quanto la assoggetti a richiamo; il che è prova della riconosciuta urgenza del provvedimento stesso. Non dobbiamo, però, dimenticare che, tanto al curatore, per l'obbligo generico

inerente alla sua qualità di mandatario stipendiato, che alla delegazione dei creditori, quando esiste, per il disposto dell'articolo 726, capoverso, è fatta facoltà di chiedere tutti quei provvedimenti che, essendo dipendenti dall'autorità del giudice delegato, sono opportuni all'interesse della massa; e fra questi provvedimenti è certo uno dei principali la continuazione del commercio del fallito, quando possa la cessazione riuscire di danno alla massa. E qualora la cessazione non recasse nessun danno alla massa, mentre, d'altro canto, la continuazione potrebbe recar vantaggio, il giudice delegato potrà far luogo all'applicazione dell'art. 750, anche se sia domandato di ciò dal curatore o dalla delegazione dei creditori? Noi non crediamo; perchè la disposizione dell'art. 750, il quale — lo ripetiamo volontieri — è un'eccezione agli art. 793, 794 e 798 del Codice di commercio, è tassativa, sicchè non può ammettere una così estesa interpretazione, come sarebbe quella data dalla risposta favorevole alla nostra ipotesi: solo i creditori, in base all'art. 794, potranno deliberare che si continui il commercio del fallito, quando lo reputino vantaggioso per la massa.

Si presenta ora una non inutile questione: ossia, se l'industria esercitata dal fallito, faccia parte del suo commercio; e se, quindi, datene le condizioni richieste, sia applicabile l'art. 750. E meglio, dividendo in due parti la questione: cosa è la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito? Può l'industria esercitata dal fallito, e per la quale fu dichiarato in fallimento, essere continuata dal curatore per evitare un danno alla massa dei creditori?

La questione, che di fronte alla legge commerciale francese poteva sembrare meno dubbia, perchè ivi all'art. 470 si parla di « exploitation du fonds du commerce », quasi, cioè, di vendita di fondi di negozio che fossero residuati all'epoca della dichiarazione del fallimento, fu risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza favorevolmente al criterio di continuazione anche della industria del fallito; e il Tripier, relatore della Commissione alla Camera dei Pari, parlando della « exploitation du fonds de commerce », affermava che « cette disposition est applicable, non seulement aux fonds de commerce proprement dits, mais à toutes les usines qui sont susceptibles d'exploitation » (1); e l'Alauzet (2), confutando su questo l'opinione del Bédarride (3), scrive che pur ammesso che le operazioni di conduzione del fallito, pur dovendo essere ristrette, come fu sentenziato dalla Cassazione (4), tuttavia « il ne faut pas aller jusqu'à dire, avec M. Bédarride, que l'autorisation d'exploiter ne peut s'entendre que dans les sens d'une liquidation progressive ». Per il Pagani (5), che si appoggia sull'opinione del Bédarride e del Galluppi (6), la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito, non è la liquidazione; ma il legislatore vuole che « il commercio che si potrà qualche volta continuare, sarà quell'unico che renda più facile e più proficua la liquidazione; non un traffico che, aprendo nuove speculazioni e nuove idee, sia precisamente in contraddizione con concetto di liquidare ».

Appunto qui sta la differenza che può correre tra la continuazione del commercio del fallito, il quale sia solo *negoziante*, e la continuazione del commercio del fallito che sia industriale. Perchè, se appunto riguardo al primo la continuazione non può intendersi che come una liquidazione pro-

(1) Cfr. RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, voce citata, n. 546; LAROQUE-SAYSSINEL, vol. I, n. 511; DEMANGEAT sur Bravard, vol. VI, pag. 104, nota 1ª.

(2) Op. cit., vol. IV, pag. 118, § 1731.

(3) Op. cit., vol. I, n. 272; conforme DALLOZ, op. cit., n. 438.

(4) Cassazione francese, 28 gennaio 1824.

(5) Op. cit., disp.ª 83, pag. 104, n. 63; *Diritto comm.*, pag. 719.

(6) *Corso di diritto comm.*, vol. I.

gressiva, riguardo al secondo, se può esservi anche una progressiva liquidazione dei fondi di commercio, vi si comprende, e più specialmente, l'esercizio vero e proprio dell'industria, per quanto non spinta a nuove àlee e speculazioni, quell'esercizio, cioè, limitato alla trasformazione delle merci o delle materie prime, che sono tuttora nell'opificio del commerciante, e che hanno d'uopo di un processo industriale, per poter essere vendute con sufficiente buon esito a vantaggio della massa. Notisi poi, e questo ha da essere accolto come un principio generale scaturiente dallo spirito della legge, che il legislatore usando la voce " commercio „ non ha inteso limitarne il senso alla sua classica etimologia " *commercium quasi commutatio mercis* „, ma ha inteso riferirsi a quella classificazione delle persone che fanno atti di commercio (1), data all'art. 3 del vigente Codice di commercio; nella quale è compreso, tassativamente, colui che compra derrate e merci per rivenderle dopo averle lavorate o poste in opera; qualificazione che è appunto quella da attribuirsi all'industria: e questo principio trova un rafforzamento nel fatto, che anche la cessazione dell'industria del fallito può arrecare un danno, e non lieve, alla massa dei creditori; ed il legislatore accordò appunto l'eccezione all'art. 794, stabilita coll'articolo 750, allo scopo d'evitare qualunque danno alla massa. Dunque, resta, a parer nostro, dimostrato, che, per l'industriale fallito, l'industria che esercita è il suo commercio, e quindi, anche per la continuazione dell'industria, è applicabile l'articolo 750, primo alinea, del Codice di commercio.

220. *Il giudice delegato determina le forme, le cautele e le condizioni della vendita e della continuazione del commercio.* — Dipende dal giudice delegato, non solo l'autorizzazione alla vendita ed alla continuazione del commercio, così come dice l'art. 750, ma anche la fissazione delle forme, cautele, e condizioni della vendita e dell'esercizio continuativo del commercio. Parrebbe che questo diritto e dovere insieme del giudice delegato, esorbitasse da quel generico concetto delle funzioni sue fissato dall'articolo 713; e che meglio, la determinazione del modo delle vendite e dell'estensione dell'esercizio del commercio del fallito, sarebbe data dalla delegazione dei creditori, sotto la cui sorveglianza si fa l'amministrazione. Ma evidentemente, trattandosi di una applicazione di diritto eccezionale, considerando che il più delle volte la delegazione dei creditori non esiste ancora, parve al legislatore che l'autorità del giudice delegato, appunto come ha la direzione delle funzioni amministrative normali, dovesse avere una maggior ingerenza nelle funzioni amministrative eccezionali; e quindi che, fissate egli le norme seguendo le quali il curatore può vendere le cose deperibili o difficilmente conservabili, e continuare l'esercizio del commercio del fallito, la delegazione dei creditori sorvegliasse il curatore, perchè a quelle norme strettamente si attenesse.

Per quanto il giudice delegato sia libero nella scelta delle forme, condizioni e cautele necessarie alla vendita od alla continuazione del commercio; e per quanto rimanga egli il solo giudice della necessità di adottare queste piuttosto che quelle, egli è però tenuto, ogni volta che autorizza la vendita o la continuazione, a fissare quelle norme, condizioni, cautele che possano essere idonee a conseguire il maggior vantaggio della massa. Perchè è il vantaggio della massa dei creditori, quello che deve guidare il giudice delegato tanto nell'accordare l'autorizzazione, quanto nel fissare i modi con cui deve il curatore valersi della autorizzazione stessa. Il Codice di commercio cessato, come la attuale legge commerciale francese, non hanno alcuna dispo-

(1) Vedi i miei " Atti di commercio „ nel *Digesto Italiano*.

sizione che si assomigli a quella data dal legislatore italiano del 1882, al capoverso dell'articolo in esame. La vendita delle merci, come la continuazione temporanea del commercio del fallito, hanno d'uopo dell'autorizzazione del giudice delegato; ma avvengono, come dice l'art. 470 del Codice di commercio francese, " à la diligence des syndics „; ossia a cura dei sindaci, i quali, però, crediamo, dovessero attenersi, nella scelta dei modi di vendita, a ciò che stabiliva l'art. 594 del Codice di commercio italiano 1865; secondo cui le vendite di effetti mobili e di merci, potevano aver luogo soltanto per incanti o per offerte private, col ministero di mediatori, o di altri ufficiali pubblici, a ciò destinati: e forse l'art. 577 dell'antico Codice italiano di commercio, e l'art. 594 dello stesso Codice, erano legati da vincoli di necessità di causa ed effetto (1).

Il giudice delegato " non è obbligato a sentire previamente, come per la vendita dei mobili in genere, la delegazione dei creditori; perchè si tratta qui non di una vendita generale, ma di una vendita di cosa speciale, motivata da ragioni urgenti e che si verifica nella maggior parte dei casi prima che la delegazione dei creditori venga costituita „ (2); dunque rimane assolutamente libero nella scelta, e può, quindi, fissare che la vendita avvenga per pubblico incanto, a partito privato, valendosi o non, a seconda dei casi del ministero di mediatori o di pubblici ufficiali destinati a ciò. Il curatore, quando il giudice delegato gli abbia fissate le norme e le cautele e le condizioni di cui si tratta, non potrà per veruna causa dipartirsene; ed in ogni caso opererà allora sotto la sua sola e piena responsabilità; tuttavia " se le forme e le condizioni poste fossero tali che la vendita non si potesse compiere utilmente, il curatore potrebbe anche chiedere al giudice delegato di modificarle, cosicchè la vendita sia fatta più facile ed utile „ (3).

Riguardo alle cautele per la continuazione dell'esercizio o dell'industria del fallito, il giudice delegato non deve esagerare nella prudenza per non rendere impossibile, od illusoria e dannosa in vece che utile, la continuazione stessa; e data la necessità imprescindibile di seguire determinati processi meccanici, o tecnici per la produzione industriale, o forme già dalla pratica sancite per la continuazione del commercio, può dirsi, che le cautele, che il giudice delegato deve stabilire, sono tutte racchiuse nella fissazione del limite che si deve porre a tale esercizio continuativo, sì da arrestare il curatore che volesse intraprendere, a nome e per conto della massa operazioni o speculazioni che importassero pericoli di diminuzioni patrimoniali nell'attivo del fallimento: ond'è, che appunto la continuazione dell'esercizio del commercio deve assumere, per le cautele imposte dal giudice delegato, il carattere di una liquidazione progressiva, limitando, quindi, alla stretta necessità commerciale la compra di nuove merci, quanto alla vendita; e la continuazione dell'industria del fallito deve contenersi nella trasformazione delle merci o materie prime, tuttavia esistenti nei magazzini del fallito e ne' suoi opifici, o, tutt'al più, estendersi alla compra delle materie, necessarie alla continuazione di quelle lavorazioni, che erano in corso di compimento quando il fallito fu destituito dall'amministrazione del suo patrimonio.

Qui si potrebbe proporre una elegante questione; e cioè: potrà essere autorizzata la continuazione dell'industria dell'imprenditore di uno spettacolo teatrale? Non può esservi dubbio che l'art. 750 sia applicabile anche all'imprenditore di pubblici divertimenti, perchè anche dalla cessazione del suo commercio può venirne danno

(1) Cfr. BORSARI, *Comm. al Cod. di comm.*, 1865, vol. II, articoli 577 e 594.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 281, n. 326.

(3) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 394, § 4577.

a quelle persone che abbiano con lui trattato affari, in vista appunto dell'esercizio di quella particolare impresa. Ma è a considerarsi che la qualità dell'industria ha molto peso sulla decisione del giudice delegato, riguardo all'autorizzazione a commercio del fallito per conto della massa. Giacchè deve considerarsi che se alla massa può essere dannosa la interruzione dell'industria o del commercio del fallito, d'altro canto può essere disastroso il continuare l'industria o la continuazione stessa: sicchè il giudice delegato, prima di concedere l'autorizzazione a continuare il commercio del fallito, o la sua industria, deve considerare se le àlee, che si corrono necessariamente nell' esercizio stesso, non siano tali da produrre più facilmente rovesci di fortuna che vantaggi alla massa dei creditori. Ora, l'impresa di uno spettacolo teatrale, sia per la sua natura, che per le grandi spese che occorrono, che per i vari elementi su cui deve contare, elementi che il più delle volte giocano sull'imprevisto, e nei quali la parte morale ed infrenabile prepondera sulla parte materiale, presenta molte probabilità di cattiva riuscita in confronto delle probabilità di buon esito. Il giudice delegato, quindi, giacchè anche la continuazione della impresa teatrale può essere autorizzata, deve considerare ben attentamente l'ambiente in cui si sviluppa l'impresa e vedere ben addentro le condizioni in cui dessa si trova, prima di decidere la continuazione; e scegliere solo questa quando appunto la cessazione sarebbe, tutto calcolato, più dannosa alla massa dei creditori, che la continuazione, anche fatta sotto i più tristi auspicî. E come si è detto della impresa teatrale devesi dire delle altre imprese che trovano una specificazione nell'art. 3 del vigente Codice di commercio, e che non si possono considerare veramente nè come industrie, nè come commerci.

221. *L'ordinanza del giudice delegato, quantunque provvisoriamente esecutiva, è soggetta a richiamo.* — La amplissima facoltà che colle disposizioni del primo e secondo alinea dell'articolo in esame il legislatore aveva concesso al giudice delegato di fronte all'interesse della massa, poteva, spesse fiate, per poca avvedutezza del giudice o per un arbitrio deplorevole, risultare di danno gravissimo agli interessi che era intesa a sorreggere ed a tutelare. In vista di rimediare ai possibili abusi, e di evitare i danni che alla massa patrimoniale del fallimento questi abusi potevano arrecare, il legislatore, come rimedio e correttivo delle disposizioni esposte nei primi due comma dell'art. 750, stabilì, nel terzo alinea dello stesso articolo, che l'ordinanza del giudice delegato, la quale accorda l'autorizzazione alla vendita delle merci deperibili o difficilmente conservabili ed alla continuazione del commercio, sia soggetta a richiamo, quantunque provvisoriamente esecutiva; ma sia soggetta a richiamo solo per ciò che concerne l'autorizzazione a continuare l'esercizio del commercio.

Gli autori (1) si accordano nel giustificare la differenza, che il legislatore ha stabilito tra l'autorizzazione a vendere le merci deperibili e la autorizzazione a continuare l'esercizio del commercio del fallito, colla considerazione che, essendo cosa assai più grave la continuazione del commercio del fallito, pei danni che possono derivare alla massa dei creditori, che non la vendita di poche merci deperibili o troppo costose a conservarsi, era ben naturale che si dessero al primo maggiori garanzie che al secondo caso; e queste maggiori garanzie sono costituite appunto dalla facoltà di richiamo.

La dottrina, però, su questa distinzione, che il legislatore ha fatto riguardo alla autorizzazione a continuare l'esercizio del commercio del fallito, ha innestato una questione che merita d'essere riferita e discussa.

(1) GALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 281, n. 327; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 395, § 1578 *b*).

Si dice, cioè, il richiamo che i creditori o il fallito — perchè altre persone all'infuori di queste non possono avere interesse e diritto a presentare richiamo — possono presentare contro la ordinanza del giudice delegato, che autorizza la continuazione del commercio del fallito, avrà per causa la avvenuta autorizzazione, onde farla abrogare, o la negata autorizzazione, onde provocarla? Avvertiamo, anzi tutto, che la questione così posta dà luogo ad altre questioni, che, senza volerle risolte, noi però sottoponiamo al lettore intelligente cui possano in qualche modo interessare: ossia; il parlare di negata autorizzazione dà luogo a credere che l'autorizzazione sia stata chiesta e non provenga, quindi, da spontanea determinazione di volontà del giudice delegato; perchè, se il giudice delegato non pensò di autorizzare la continuazione dell'esercizio del commercio del fallito, neppure dalla sua ordinanza apparirà un accenno a tale esercizio continuativo, e quindi sarà tolta ogni possibilità di richiamo: se poi questa autorizzazione può, o deve, essere chiesta da alcuno interessato nel fallimento, questo alcuno chi sarà? Il fallito? La delegazione dei creditori, se già funzioni? Il curatore? Allora, ammesso che l'autorizzazione possa essere chiesta al giudice delegato, e la richiesta gli sia stata fatta, si comprende come il giudice delegato, rispondendo, sia con apposita ordinanza, sia in quella ordinanza che autorizza la vendita delle merci deperibili o difficili e dispendiose a conservarsi, porga ai petenti la facoltà di avanzare reclamo contro la ordinanza stessa.

Ma tornando alla questione, di cui si è parlato per riguardo alla continuazione del commercio del fallito, se sia, cioè, deferibile il richiamo contro la ordinanza del giudice, che ha negata l'autorizzazione della continuazione del commercio, il Calamandrei (1), commentando una sentenza del tribunale civile di Firenze, facente funzione da tribunale di commercio nel fallimento Frilli (2), sostiene che non si può comprendere nella disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo 750, il richiamo portato contro la negata autorizzazione a continuare nell'esercizio del commercio del fallito. Il detto tribunale aveva accolta la tesi del Calamandrei proponendo la massima, che " la ordinanza del giudice delegato, che autorizza la continuazione del commercio del fallito è soggetta a richiamo; non così però l'ordinanza colla quale l'autorizzazione stessa viene negata „ (3); ma l'appello di Firenze (4) riformava la sentenza del tribunale stabiliendo, riguardo al diritto di richiamo, che devesi ritenere " comprendere le parole decreto di autorizzazione tanto il caso d'autorizzazione concessa che quello di autorizzazione negata „; e questa tesi fu poi ripetuta una seconda volta dalla stessa Corte d'appello nella causa fallimento Guglielmi contro Miliani (5). Il Vidari contro il Calamandrei sosteneva la tesi propugnata dalla Corte di appello di Firenze; perchè, in caso di negata autorizzazione a continuare l'esercizio del commercio del fallito, " sarebbe strano che tale ordinanza fosse soggetta a richiamo soltanto allora che permetta e non anche quando proibisca; mentre si possono offendere i diritti del creditore e del fallito (di qui, la ragione del richiamo loro al tribunale) così autorizzando, come negando la autorizzazione „ (6). Certo, che applicando, come fece la Corte d'appello di Firenze nella causa Guglielmi contro Miliani, il criterio fissato dall'ultimo capoverso dell'articolo 798, relativo alla vendita dei mobili,

(1) *Nota* alla sentenza sotto citata.

(2) Trib. civ. di Firenze, ff. di trib. di comm., udienza..... 1883 (*Il Diritto commerciale*, vol. II, colonna 104-109).

(3) Sentenza citata, op. cit., vol. cit., colonna 104 105.

(4) Nella *Nota* del CALAMANDREI, sopra citata, alla stessa sentenza.

(5) 23 ottobre 1883 (*Il Dir., comm.*, vol. citato, colonna 542-547).

(6) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 395, § 4578 *b*).

secondo il quale tanto se la autorizzazione fu data quanto se fu negata dal giudice delegato, la ordinanza è soggetta a richiamo, si viene alla conclusione, a cui venne la stessa Corte, e alla tesi sostenuta dal Vidari: ma non crediamo che quel principio sia affatto applicabile all'art. 750; e per queste ragioni principalmente:

la disposizione dell'art. 750, specialmente riguardo all'autorizzazione a continuare il commercio del fallito, è eccezionale; è, cioè, un'eccezione al principio stabilito dall'articolo 794 e, quindi, non ha nessun legame nè coll'articolo 793 nè coll'art. 798, citati dalla Corte d'appello di Firenze a sostegno della sua tesi;

la eccezione stabilita, adunque, riguardo alla continuazione del commercio del fallito, nella sua interpretazione, — la quale deve essere quanto più si possa ligia alla lettera della legge, e però alla lettera dell'art. 750 dove essa viene delineata, — se può trovare un punto di contatto con altre disposizioni contenute nel Codice di commercio vigente, lo troverà nel citato art. 794, il quale non parla affatto di ordinanze, emanate dal giudice delegato per autorizzare, o meno, la continuazione totale, o parziale, dell'amministrazione del patrimonio commerciale del fallito;

la disposizione dell'ultimo capoverso dell'art. 798 non si riferisce alla qualità della ordinanza del giudice delegato; la locuzione " in entrambi i casi „, quivi usata dal legislatore, allude, non alla autorizzazione data o non data dal giudice delegato, ma al caso del primo ed al caso del secondo alinea dello stesso articolo; cioè, al caso in cui l'autorizzazione, di cui ivi si parla, sia concessa prima che sia decorso il termine stabilito dall'articolo 793, e al caso in cui l'autorizzazione venga ad avverarsi dopo che il termine, da quell'articolo fissato, è già decorso; ossia, nel primo alinea di quell'art. 798 si studia un caso eccezionale, meno eccezionale, se fosse possibile il bisticcio, di quello studiato nel secondo alinea dello stesso articolo; e per *entrambi i casi* si concede il richiamo contro l'analoga ordinanza del giudice delegato;

da ultimo, se la autorizzazione a continuare l'esercizio del commercio del fallito può essere dannosa, quanto alle speculazioni che si ponno ad essa necessariamente connettere, e se, quindi, può interessare ai creditori di evitare quei danni, tentando di far annullare l'autorizzazione, ed altro mezzo ad essi non rimane che quello offerto eccezionalmente dall'art. 750 ultimo capoverso. Non così è a dirsi se l'autorizzazione non fu concessa sia perchè il danno, se v'è, sarà sempre minore e perchè essi potranno provvedere autorizzando in base all'art. 794 la continuazione che rimarrà tuttavia interinalmente sospesa.

Così non intendiamo d'aver sostenuta la tesi del Calamandrei meglio che quella del Vidari; ma solo abbiamo voluto mostrare in che erano difettose le argomentazioni della Corte d'appello di Firenze.

La ordinanza, dice l'art. 750, è provvisoriamente esecutiva; e l'art. 910 impone di portare il richiamo dinanzi al tribunale ad udienza fissa.

La provvisorietà della esecuzione concessa alla ordinanza del giudice delegato, ha la sua ragione in ciò che dispone il primo alinea dell'art. 910; il quale stabilisce la regola secondo la quale, le ordinanze del giudice delegato non sono mai soggette a richiamo: sicchè il legislatore ha quasi voluto, anche nell'eccezione a quella regola, conservare alle ordinanze del giudice delegato tutta la loro efficacia ed effettività fino a quando il tribunale non siasi pronunciato sul richiamo, presentatogli contro quelle ordinanze. E, di più, viene ad essere giustificata anche la esecutorietà provvisoria dell'ordinanza, con cui si provvede, dal giudice delegato, intorno alla continuazione del commercio del fallito, dall'urgenza che tale continuazione presenta; urgenza misurata dal danno che, una più lunga interruzione di quel commercio, potrebbe arrecare sia

agli interessi della massa, che a quelli del fallito.

È però da osservarsi, per coloro che ammettono la facoltà di richiamo contro l'ordinanza negatoria della continuazione — se pure, come si è già avvertito, una tale ordinanza può essere emessa — che non si concepisce la provvisoria esecutorietà di una tale ordinanza, " per la contraddizïon che nol consente „; giacchè o l'ordinanza vieta di proseguire l'interrotto commercio del fallito, e il divieto non innova in nulla la condizione di cose preesistente, perchè perdura lo stato di fatto, riguardo alla continuazione del commercio del fallito, che vi era prima e contemporaneamente alla domanda di continuazione; oppure l'ordinanza dovrebbe, per avere un carattere reale di provvisoria esecutorietà, sospendere un fatto diggià in parte avvenuto, quindi incominciato ed in corso di continuazione, come nel caso in cui i creditori, od il fallito, non ostante il disposto dell'art. 750, avessero intrapreso a continuare l'esercizio del commercio del fallito; il che non può darsi, od, almeno, non può, anche in ipotesi, servire a base di una interpretazione stravagante della legge. Si capisce che, partendo da un concetto generale, si possa concepire e dare anche la esecutorietà negativa di una sentenza od ordinanza con carattere provvisorio; ma tale provvisoria esecutorietà negativa ha, però, sempre riscontro nella esecutorietà positiva provvisoria della stessa ordinanza o sentenza, di fronte a chi, fra i due contendenti, domanda la cessazione di un fatto.

Invece, nella specie dell'art. 750, appare meno evidente codesta capacità contraria nella stessa ordinanza, perchè non vi è quel contradditorio di attore a convenuto che si ha, per norma comune, nella pronunciazione delle altre ordinanze e sentenze, sia in materia civile, che in materia commerciale.

222. *Il curatore, per eccezione e coll'autorizzazione del giudice delegato, può amministrare per mandatari retribuiti da lui stesso.* — Ridotta nelle mani di una sola persona, (il curatore) l'amministrazione del fallimento, il legislatore italiano non escluse che " qualora le circostanze particolari lo richiedano, l'amministratore possa farsi coadiuvare, sotto la sua responsabilità, da una o più persone stipendiate „ (1); e queste circostanze particolari si intendono attinenti; o alla entità straordinaria del fallimento che dà luogo ad una vasta e laboriosa amministrazione, a cui l'attività di un solo individuo mal può sopperire; o alla sua particolare difficoltà, derivante da un intreccio d'affari a sciogliere il quale nè l'abilità, nè la diligenza, nè la energia di uno solo possa bastare.

Questa particolare disposizione dell'articolo 751 del vigente Codice italiano di commercio, è, con maggiore o minore diversità, contenuta in tutti i Codici che hanno stabilito l'amministratore unico; così, fra gli altri; la ordinanza austriaca sui fallimenti, 1869, che ha seguìto, al § 74, il principio dell' amministratore unico, stabilisce, al § 82, che se l'estensione degli affari lo richiede, sentito l' amministratore della massa e coll' assenso della delegazione dei creditori, può il tribunale del fallimento nominare, per determinati rami dell'amministrazione e, segnatamente, per l'amministrazione dei beni immobili, tanto più se siti in regioni montuose, allato dell'amministratore, amministratori particolari. I loro diritti e doveri si regolano poi, entro la loro cerchia d'azione, secondo le disposizioni date per l'amministratore della massa; però egli non è responsabile della gestione degli amministratori particolari; ed è autorizzato a richiedere da essi qualunque schiarimento riguardo all'amministrazione, e può, occorrendo, proporre la loro dimissione al tribunale.

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata 5 febbraio 1872 - Verbale 795.

L'ordinanza germanica sui fallimenti, 1877, adottato, al § 70, il curatore unico, stabilisce al § 71, che quando la gestione abbraccia diversi generi d'affari, il tribunale possa nominare parecchi curatori, i quali saranno indipendenti l'uno dall'altro nella amministrazione loro; e di questa ognuno sarà particolarmente responsabile.

Il Codice di commercio dei Paesi Bassi non ha seguìto, esplicitamente, nè il principio della unicità nè quello della pluralità dei curatori; all'art. 787, dove parla della sentenza dichiarativa di fallimento, dice, al n° 2, che con questa sentenza devesi passare alla nomina di uno o più curatori scelti di preferenza fra i creditori; ed al capoverso dell'art. 788 autorizza il tribunale ad aggiungere, in ogni tempo, al curatore già nominato, uno o più curatori, scelti fra i creditori.

Invece il Codice italiano del 1865, come il francese vigente, avendo conservata l'istituzione dei sindaci per l'amministrazione del fallimento, non ammettono che vi si possano assumere altri amministratori della massa, dovendo essere il loro numero sempre sufficiente al disimpegno di qualunque gestione di fallimento. Solo agli articoli 596 e 488, rispettivamente, i due Codici permettono ai sindaci di valersi del fallito, non però in quel modo che è stabilito dal capoverso dell'art. 751, dell'attuale Codice italiano di commercio.

Il legislatore italiano del 1882 ha stabilito, due sorta di eccezioni al principio che " il curatore deve trattare personalmente tutti gli affari del suo ufficio „ (art. 751); la prima è quella della rappresentanza per singole operazioni, alla quale può essere autorizzato dal giudice delegato, purchè assuma egli stesso, a suo carico, le spese della rappresentanza; la seconda per la quale può essere dal giudice delegato, però sentita la delegazione dei creditori, autorizzato a farsi coadiuvare in tutta l'amministrazione, ove particolari circostanze lo richiedano, sotto la sua responsabilità da una o più persone stipendiate.

Ma le eccezioni così stabilite dall'alinea primo dell'art. 751, al principio in quello stesso alinea stabilito, diventano, anche, eccezioni al principio generale del mandato; che vuole che il mandatario, e sappiamo che tale è il curatore, tratti lui stesso in persona, e sempre, gli affari che gli sono affidati (Cod. civ., art. 1745); però sono conformi al principio, che fonda una eccezione, stabilito nell'art. 1748 del Codice civile, col quale concede la delegazione dell'incarico avuto.

Comunque sia, parlando della prima di queste due eccezioni, troviamo due freni che il legislatore ha posti per ovviare all'inconveniente che il curatore, neghittoso od improvvido, volesse sgravarsi, se non della responsabilità del proprio ufficio, almeno delle fatiche, caricando alla massa patrimoniale del fallimento, le spese necessarie per stipendiare persone, che eseguano, in vece sua, alcune operazioni dell'amministrazione. Codesti freni sono: l'autorizzazione del giudice delegato, senza la quale non può il curatore, anche a sue spese, farsi rappresentare da altri per singoli affari; poi, il carico delle spese che, ricadendo sugli emolumenti dovuti al curatore, gli fa scontare in un *tantum minoris* di guadagno il *tantum minoris* di fatiche sostenute. Non pare così ben giustificata la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, come è, invece, giustificato il carico delle spese gravanti sul curatore; perchè, se il curatore vuol privarsi di una parte dei proventi dovutigli per la sua prestazione d'opera, per avvantaggiarne altri, e per procedere più speditamente alla amministrazione del fallimento, ciò, in ultima analisi, non può che essere di vantaggio alla massa dei creditori che vede, senza suo maggior aggravio, sbrigata in più breve tempo la bisogna, e definita la quantità dei rimborsi che ognuno avrà sull'attivo constatato della massa. E non è a dire che la responsabilità del curatore venga affievolita per questo espandimento della funzione amministrativa a lui

affidata; giacchè, oltre il silenzio dell'art. 751 su questo proposito, che, quindi non pregiudica il principio generale, secondo cui la responsabilità per l'adempimento del mandato grava sul mandatario, abbiamo l'art. 1748 del Codice civile che stabilisce: che " il mandatario è responsabile per colui che ha sostituito nell'incarico ricevuto „; e qui, appunto, devesi ritenere che la sostituzione non si intende avvenire solamente nella totalità del mandato, ma anche per singole parti di esso; onde il principio dell'art. 1748 è applicabile, precisamente, anche al caso delle singole operazioni affidate, pel loro disbrigo, ad altri.

Ora che ci fa, in questo caso, l'autorizzazione del giudice delegato? Evidentemente la ragione più plausibile, più saliente, di ciò, si può trovare nel desiderio del legislatore che quello che egli concedeva per eccezione al principio del mandato, non diventasse una regola in contrario, e un uso particolare, un abuso costante; è, quindi, un'ingerenza dovuta alla necessità di tutelare l'organismo giuridico, tecnico ed economico della amministrazione del fallimento, come è stabilito dall'art. 713 del Codice di commercio, più che dalla necessità di ovviare a serii inconvenienti, od a imminenti pericoli, di cattiva amministrazione. E, tanto più si presenta inutile o superflua la cautela dell'autorizzazione, in quanto che per soprassello a quel gravissimo limite dell'assunzione delle spese, quest'aiuto per singole operazioni, rimane limitato, oltre che nello spazio, diremo così, della gestione amministrativa, anche nel tempo; perchè tale aiuto è momentaneo e non duraturo; al più per una operazione in tutto il suo svolgimento fino al suo definirsi: giacchè se quest'aiuto parziale assumesse il carattere di un aiuto generale per tutta la durata e l'estensione dell'amministrazione, non sarebbe più sufficiente neppure l'autorizzazione del giudice delegato.

Ma questa intromissione, poco giustificata, del giudice delegato quali effetti ha? Potrà, cioè, il giudice delegato non concedere la autorizzazione? Avrà questa autorizzazione, influenza sul *quantum* di responsabilità che incombe al curatore di fronte a questa scissione del suo ufficio? Noi crediamo che il giudice delegato, data la sua intrusione, possa a tutto diritto negare la richiesta autorizzazione; certamente tale diniego non dovrà essere dato alla leggiera, perchè deve sempre prevalere la presunzione che, se il curatore domanda di potersi valere dell'opera altrui, pure a proprie spese, realmente quest'opera gli sia necessaria, anzi indispensabile, e il giudice delegato, sul quale poi non gravano le fatiche dell'amministrazione, non può con " inutile ed ingiusto rigore „ (1) costringere il curatore a trovarsi dovunque la amministrazione richieda; o ad adempire personalmente ad una determinata operazione quando, contemporaneamente, la sua presenza e la sua opera necessitano in altra parte nell'interesse maggiore dell'amministrazione.

Quanto alla parte di responsabilità, che la autorizzazione può distribuire anche sul giudice delegato che non volle darla, la questione non par molto facile; perchè, se da un lato il giudice delegato, come rappresentante dell'autorità giudiziaria e come funzionario pubblico giusdicente, non è gravabile di alcuna responsabilità per ciò che può derivare dagli atti da esso fatti od ordinati nell'esercizio delle sue funzioni, dall'altro lato, però, non si può considerare la responsabilità del curatore, così piena, come deve essere a seconda del principio generale, circa il mandatario retribuito, sancito dal Codice civile all'art. 1746, e dei principii che dominano le funzioni del curatore secondo l'attuale Codice di commercio; perchè codesta piena responsabilità non può darsi se non in coordinazione alla piena e completa libertà, entro i limiti del man-

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 400, § 4583, III.

dato, di scegliersi i mezzi più idonei ad adempirlo. Qui, evidentemente, la libertà della scelta e della opzione, riguardo ai mezzi, non vi è più, perchè alla determinazione effettiva della volontà del curatore si sovrappone la volontà, ben più possente nella pratica del diritto, del giudice delegato; il quale, nella sua determinazione, non è dalla legge obbligato a seguire un criterio od un indirizzo piuttosto che un altro. Così dicasi della autorizzazione, che, data dal giudice delegato, pure sottopone il curatore ad assumere, come rappresentanti, persone indicate espressamente dal giudice delegato nella sua ordinanza.

Si può anzi dire, che in questo caso una quota maggiore di responsabilità viene a distendersi sul giudice delegato: perchè, se il curatore deve, anche nella ipotesi che si faccia aiutare per singole operazioni da persone da lui stipendiate, sorvegliare queste persone nell'adempimento della loro particolar funzione; e se la sua vigilanza deve essere tanto più attiva e scrupolosa quanto meno egli conosce le persone che per suo conto amministrano, come è nel caso in cui il giudice delegato gli abbia imposti individui scelti da lui, nessuno può negare che, potendo tale assidua vigilanza essere delusa tanto più facilmente da persone che il curatore può neppure conoscere, la responsabilità dei fatti che possono, da esse, compiersi ai danni dell'amministrazione del fallimento, viene a cadere più sul giudice delegato che, alla fin fine, scelse quelle persone, che sul curatore che, invece, quella scelta, suo malgrado forse, dovette subire (1). Sicchè la questione non presenta affatto quella facilità di ragionevole soluzione come si potrebbe credere, considerandola leggermente; e la legge, al pari della dottrina e della giurisprudenza, non porgono alcun elemento che possa guidare ad una soluzione soddisfacente.

L'altra eccezione al principio generale, per cui " il curatore deve trattare personalmente tutti gli affari del suo ufficio „, la vedemmo, ugualmente che la prima, data dall'art. 751: ma, l'autorizzazione del giudice delegato non è qui la sola arbitra della situazione, perchè dev'essere sentita la delegazione dei creditori: come vedremo nel numero successivo, sviluppando la portata di questo disposto di legge.

223. *Gli aiutanti non assumono la responsabilità civile dei loro atti. — Chi stipendia codesti aiutanti del curatore?* — Questa eccezione all'accennato principio generale, per cui può il curatore " farsi coadiuvare nell'amministrazione „ sotto la sua responsabilità da una o più persone stipendiate, fa assumere a queste persone, e specialmente pel necessario intervento della delegazione dei creditori, il particolare carattere di quasi-curatori, che, invece, non avevano i rappresentanti del curatore per singole operazioni. La singolarità più saliente che si presenta in questa eccezione, è quella stabilita dall'inciso dello stesso art. 751, che fa assumere la responsabilità degli amministratori secondari, ausiliari, al curatore. Il curatore, dice l'art. 751, può essere autorizzato a farsi coadiuvare nell'amministrazione da una o più persone stipendiate, ma egli assume la responsabilità dei loro atti, amministrativi s'intende. Ora, questa assunzione di responsabilità, che trova la sua fonte nell'art. 1748 del Codice civile, dà vita ad alcuni diritti che razionalmente non si potrebbero negare al curatore. Difatti, se il curatore, come non è più dubbio di fronte a ciò che dice l'art. 751 del Codice di commercio, deve assumere la responsabilità degli atti fatti dai coadiutori, accordatigli dal giudice delegato sentita la delegazione dei creditori, conviene che queste persone debbano essere da lui designate e scelte, e dal giudice delegato e dalla delegazione dei creditori

(1) Il CALAMANDREI (op. cit., vol. I, pag. 282, n. 328) fa un brevissimo accenno a codesta questione.

accolte e confermate; e ciò non solo; ma conviene ancora, che sia il curatore colui che designa e delimita a ciascuna di queste persone le sue mansioni particolari nella amministrazione; e neppure su ciò dovrebbero poter imporre variazioni sia il giudice delegato che la delegazione dei creditori.

Di solito, infatti, nella pratica della procedura e della amministrazione dei fallimenti, per ogni nuova misura in cui concorrano, con imprecisa designazione d'ingerenza, i tre organismi dell'amministrazione, l'accordo sul provvedimento da prendersi è perfetto tra costoro; e, quindi, il provvedimento non interviene che a dare una base di diritto a ciò che in fatto si può già ritenere come esistente, o quanto meno, accordato. Questioni, così, non ne nascono; e delegazione dei creditori e giudice delegato, riconosciuta la necessità degli ausiliari amministratori chiesti dal curatore, accolgono ben volentieri le persone da lui designate, e lasciano ch'egli assegni loro quelle funzioni alle quali le crede individualmente più adatte.

Ma il legislatore non poteva nè doveva, con un criterio fatidico, sancire disposizioni la cui lettera è capace di provocare contraddizioni ed equivoci non pochi, presumendo che le persone chiamate ad applicare od a subire quelle sanzioni, si accordassero fra loro per togliere di mezzo le difficoltà create dalla legge o le lacune lasciate dal legislatore. Dunque, le persone che vengono assunte a coadiuvare nell'amministrazione il curatore, rimangono alla costui dipendenza; egli prescrive il *modus agendi* per quel particolar ramo della amministrazione che vien loro affidato; le sorveglia, le incita, le dirige, ed anche, crediamo noi, può proporne la revoca e il licenziamento, qualora non siano capaci nella loro funzione o vi si comportino in modo sospetto. Da questa dipendenza dei coadiutori amministrativi dal curatore, deriva, quindi, l'assorbimento che, per quanto falsando il concetto dell'art. 1748 Codice civile, il legislatore volle si operasse dalla responsabilità del curatore, quale mandatario, sulle parziali responsabilità dei coadiutori amministrativi. Di fronte alla delegazione dei creditori, al giudice delegato, ed anche al tribunale civile, quando sia del caso, non appare che il solo curatore nominato in base all'art. 717; egli risponde dei danni che la negligenza e la inabilità delle persone che lo coadiuvano possono arrecare alla massa, quasi in applicazione del principio sancito dall'art. 1153 del Codice civile: però questa responsabilità è solo civile; e quindi dubitiamo assai che possa far luogo, per le cause che potrebbero provocarne l'evento, alla responsabilità, diremo disciplinare, che nella revoca del curatore come stabilisce l'art. 720, trova la sua sanzione: non può, invece, esservi dubbio, eccetto nei casi di complicità, di favoreggiamento o di incitazione al maleficio, che la responsabilità penale scaturiente da fatti lesivi degli interessi della massa, è assunta perfettamente dalla persona che del fatto è imputabile, e il curatore nulla havvi a vedere. Per riguardo alla responsabilità civile, al curatore non è impedito di rivalersi, nei limiti e nelle forme dalla legge consentite, sulle persone per le quali egli intanto risponde: e, quindi, non gli è vietato di ottenere il risarcimento di quei danni, che, sanati di fronte alla massa dei creditori, si riverserebbero su lui.

Ma la autorizzazione ad assumere amministratori particolari, oltre che dipendere dal giudice delegato e dalle circostanze particolari del fallimento, le quali devono essere di tal natura da rendere indispensabile l'adozione del provvedimento, è ancora soggetta al parere della delegazione dei creditori. L'obbligo fatto al giudice delegato di sentire la delegazione dei creditori, ci dà la risposta alla domanda che ci siamo fatta in porre questo numero; chi stipendia gli aiutanti del curatore? È la massa dei creditori: e perchè appunto lo stipendio dei coadiutori del curatore, sarà pagato a carico della massa dei creditori, è troppo

conforme a giustizia che la loro delegazione venga interrogata sulla opportunità d'accogliere la domanda del curatore, e debba essa fissare l'entità dello stipendio. Riguardo all'esito del parere espresso dalla delegazione dei creditori, è fuor di dubbio che il giudice delegato debba accoglierlo, tanto più che, come si è più volte avvertito, la amministrazione facendosi più che per altri in favore dei creditori, è l'interesse di costoro che deve avere il predominio, ed essere la guida costante di tutti i provvedimenti presi durante la procedura.

Ma abbiamo detto pure, che è la delegazione dei creditori che deve fissare lo stipendio dei coadiutori; ed è ciò conforme alla legge? e se lo è, quale misura dovrà avere questo stipendio? Che sia la delegazione dei creditori che fissa lo stipendio dei coadiutori amministrativi del curatore è fuor di dubbio; perchè, intervenendo essa per la dominante ragione che è la massa dei creditori che deve pagare codesti aiutanti del curatore, tale intervento non avrebbe allora più alcuna effettività quando si limitasse a concedere od a dar parere favorevole all'assunzione degli aiutanti. Di più abbiamo nello stesso articolo 751, al capoverso, la conferma, per esclusione, diremo così, della nostra tesi. Se parlando del caso in cui il fallito venga assunto a coadiuvare il curatore nell'amministrazione, si dice che " in tal caso le condizioni della prestazione d'opera del fallito sono determinate dal giudice delegato „; ciò vuol dire che le altre prestazioni d'opera, di cui parla lo stesso articolo, non sono nelle loro condizioni regolate dal giudice delegato, e molto meno dal tribunale: epperò, due essendo i casi proposti nel primo alinea dell'art. 751 dei quali uno essendo (quanto alla retribuzione della prestazione d'opera), in piena balia, del curatore, che è appunto quello di cui ora si parla, non potrà essere regolato nè dal curatore nè dal giudice delegato, ma dalla delegazione dei creditori. Si vorrà opporre il principio sancito dall'art. 722, pel quale le retribuzioni dovute al curatore sono fissate dal tribunale? Noi nol crediamo non ostante una recente giurisprudenza (1), che ha ammesso il contrario senza buone argomentazioni: perchè nella nomina del curatore, nella sua assunzione all'ufficio, la delegazione dei creditori non è mai chiamata a prender parte, anche se esiste; di più non si può confondere, giuridicamente, la qualità del curatore con quella che assumono, di fronte alla massa, di fronte al tribunale, e di fronte al curatore stesso, i coadiutori dell'amministrazione; costoro formano un'eccezione resa attuosa per le circostanze del fallimento, laddove il curatore è la regola e la sua nomina non dipende che dal fatto dell'esistenza di un fallimento, indipendentemente dalle circostanze particolari che possono accompagnarlo; gli è per questo che la regola va applicata solamente dal tribunale, mentre nell'applicare l'eccezione si richiede la presenza e il parere del comitato dei creditori. Ed ora quale sarà la misura della retribuzione e quale il modo con cui essa verrà pagata? Per rispondere a questa domanda possiamo trarre un certo indirizzo da ciò che dispone l'art. 722, già citato. Le retribuzioni dovute al curatore gli sono pagate, a rate o frazioni, al tempo delle successive ripartizioni di attivo fra i creditori. Una vera ragione per cui riguardo ai coadiutori debbasi adottare un criterio diverso, non sembra esistere: però crediamo che non si debba fissare, anche in riguardo ai coadiutori, una somma per tutta la durata del fallimento, come è stabilito dall'art. 722, capoverso, pel curatore; per essi non si possono invocare quei sospetti di provocate lungaggini nella procedura dell'ammi-

(1) Appello di Brescia, 28 maggio 1889, Fiocchie Vincenzi contro Becker e Schmidt (*Il Diritto commerciale*, VII, colonna 508).

nistrazione allo scopo di più grossi emolumenti, che occasionarono le disposizioni dell'art. 722; però, se le retribuzioni convien sieno rateali, per maggior agio della massa patrimoniale del fallimento, non devono però essere suddivisioni di una somma precedentemente fissata, ma devono rispondere a quella retribuzione mensile, bimensile, o periodica, che si stabilì di dare ai coadiutori del curatore come ricompensa della loro prestazione d'opera. Questo stipendio o ricompensa, o retribuzione, deve, poi, essere congrua all'entità ed alla importanza dell'opera che viene prestata; in modo che non siavi nè retribuzione esagerata per la qualità della prestazione d'opera, nè ridevolmente e pericolosamente esigua; in quest'ultimo caso, i coadiutori sarebbero poco stimolati ad applicarsi all'amministrazione con quella diligenza ed assiduità necessarie.

224. *Il fallito può essere scelto a coadiuvare il curatore. — Condizioni della sua prestazione d'opera fissate dal giudice delegato.* — Il Codice italiano di commercio del 1865 e il Codice di commercio francese, rispettivamente agli art. 596 e 488, ammettono che i sindaci possano impiegare il fallito nella amministrazione; e delineano lo scopo di questo impiego dicendo, che ciò si concede per facilitare la loro amministrazione. Il Codice italiano vigente, come molti fra i Codici di commercio delle nazioni civili, hanno conservata quella disposizione, accordando, quindi, al curatore di farsi autorizzare ad impiegare il fallito per facilitare la sua amministrazione. La disposizione non potrebbe essere più chiara per quanto riguarda il diritto ed il dovere del fallito ad intervenire, chiamato, nella amministrazione. Tuttavia, se ci facciamo ad esaminare un po' più dappresso la disposizione, vediamo che questa si soffonde di nebbia, e la accennata chiarezza diventa alcun poco opaca. Difatti, anzitutto, la legge parla di autorizzazione che il curatore può farsi dare per impiegare il fallito nell'amministrazione, ma non dice a chi il curatore debba rivolgersi per avere l'autorizzazione, nè chi questa debba o possa concedere; la legge dice, che il fallito può essere impiegato nell'amministrazione del fallimento; ed un autore, il Bédarride (1), si domanda se, data l'autorizzazione, il fallito chiamato all'amministrazione possa anche rifiutarsi a prestar l'opera sua, o se invece vi sia senz'altro costretto *ope legis*.

Il comma secondo dell'articolo 751, che riguarda l'impiego del fallito, non dice, dunque, chi possa concedere l'autorizzazione all'impiego del fallito; e non lo dice qui, mentre nello stesso art. 751, ed ogni altra volta che si trattò d'una facoltà eccezionale concessa a questo od a quell'organismo dell'amministrazione, il legislatore curò sempre d'additare quale autorità potesse concedere la necessaria autorizzazione. Di più, in questo stesso comma si assegna al giudice delegato un còmpito particolare; onde sembra che l'intervento del giudice delegato, per ciò che riguarda la assunzione del curatore nelle bisogne amministrative del fallimento, sia limitato a quello che l'art. 751 nel suo secondo comma gli assegna. Ed allora chi potrà dare questa autorizzazione? Se si esclude il giudice delegato, non può esservi altra autorità capace di ciò se non il tribunale. Ma il tribunale non è facoltizzato a ciò; e certo, se il legislatore avesse inteso chiamare il tribunale a questa autorizzazione, avrebbe tassativamente e letteralmente parlato di questo: dunque, estendendo l'autorità del giudice delegato dalle ingerenze del primo comma dell'art. 751 al disposto del secondo comma dello stesso articolo, si viene alla conclusione che è il giudice delegato che ha facoltà di concedere l'autorizzazione per l'impiego del fallito nella amministra-

(1) Op. cit., vol. II, n. 400, pag. 21.

zione (1). Ed allora il giudice delegato non sentirà il parere della delegazione dei creditori? Stando a quanto dice il capoverso che ora esaminiamo, non si può che dare una risposta negativa. Se, invece, consideriamo la qualità degli interessi che vengono a conflitto nell'adozione di questa misura; se consideriamo che le retribuzioni date al fallito si preleveranno dall'attivo della massa; se consideriamo che l'amministrazione di questa viene fatta nell'interesse principale dei creditori; se consideriamo che è costante la collisione d'interessi tra il fallito e la massa dei creditori; non possiamo a meno di concludere che, a tutta ragione, dovrebb'essere dal giudice delegato sentito il parere della massa tanto sull'assunzione del fallito a coadiuvare l'amministratore nel suo ufficio, quanto circa la fissazione della retribuzione che gli possa venire fissata.

Per venire ad una attendibile soluzione riguardo alla libertà che il fallito conserva di prestare o meno la sua opera a servigio della amministrazione " per facilitarla „ come dice il legislatore, bisogna anzitutto proporre una distinzione. Il fallito, cioè, all'infuori di quelle particolari prestazioni d'opera di cui la legge commerciale gli fa obbligo a favore della massa patrimoniale del fallimento, non è tenuto a prestarsi altrimenti a vantaggio dell'amministrazione, a facilitare la quale egli è, però, obbligato a presentarsi ogni qual volta venga chiamato dal giudice delegato, dal curatore o dalla delegazione dei creditori, e dare tutti quegli schiarimenti che possano essergli richiesti, sotto pena d'essere, in certi casi, considerato in bancarotta semplice qualora non si presenti. Questo è il solo obbligo che il fallito deve adempire di fronte alla amministrazione del fallimento; ed altri non ve ne hanno. Ora, quegli autori che, come il Bédarride nel passo già citato, opinano debba essere pel fallito un dovere il prestare l'opera propria in coadiuzione del curatore per facilitare l'amministrazione, hanno certamente esagerato il criterio seguito dal legislatore per sancire il principio dell'obbligo, nel fallito, di presentarsi a richiesta dell'amministrazione della massa; e lo hanno esteso a comprendere casi che invece sono a quel criterio assolutamente estranei. Nè, d'altro canto, sembra maggiormente attendibile l'opinione del Calamandrei (2), del Boulay-Paty (3), ed anche dello stesso Bédarride (4), secondo la quale, quasi traendo vendetta del rifiuto di prestare l'opera propria a favore dell'amministrazione, opposto dal fallito, si potranno rifiutare, dalla massa dei creditori o dal tribunale, quelle somministrazioni di soccorsi necessari alla sua famiglia ed a lui, o quelle particolari indulgenze e favori cui, per la cancellazione dall'albo dei falliti, potrebbe aver diritto il decotto commerciante.

Non si può, per vero, concepire una più grossolana ed empia forma di vendetta, ed una più assurda deduzione da non si sa quali principii di barbarico dritto. Il fallito può, ripetiamo, rifiutare sempre liberissimamente l'opera sua (5) in queste condizioni dell'art. 751; ma non per questo ha chicchessia diritto di negargli quei soccorsi che, a titolo d'alimenti, al fallito stesso competono; chè questo diritto non soffre nessuna di quelle limitazioni che si possono supporre per altre forme di diritto: e l'art. 752, che, secondo il Calamandrei, sarebbe quello da usarsi come flagello contro il fallito, è in diretto legame coll'art. 735 che ordina la consegna delle vesti, masserizie, utensili casalinghi, ecc. alla famiglia del fallito; i

(1) VIDARI conferma, non senza dubbi, ed a ragione, questa soluzione, op. cit., p. 401, vol. VIII, § 4583, III.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 283, n. 329.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 494, n. 800.

(4) Op. cit., vol. II, pag. 21, n. 400.

(5) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 401, § 4588, III; ALAUZET, op. cit., pag. 140, § 1750.

soccorsi di cui parla l'art. 752, gli potranno essere elargiti in maggiore o minor copia, ma non si deve credere che gli possano venire negati. Non è lecito sostenere che a tali crudeli conseguenze abbia voluto venire il legislatore di una nazione civile. Quanto alla applicazione negativa dell'articolo 839, di cui parla ancora il Calamandrei nel passo citato, non può supporsi, seriamente, che il tribunale voglia usare un estremo diritto contro il fallito perchè rifiutò la propria cooperazione; e non si può crederlo. Primo: perchè una tale misura sarebbe provocata da un sentimento di vendetta, che non si deve credere alberghi nel cuore dei magistrati; secondo: perchè il contesto dell'articolo, che devesi interpretare restrittivamente, essendo tassativi i casi pei quali si fa luogo alla cancellazione dall'albo dei falliti, parla delle circostanze del fallimento, ossia della presenza di buona fede nella iattura che ha colpito il fallito, della entità dell'attivo lasciato a pagamento dei creditori, della maggiore o minore influenza di fortuiti disgraziati che possano aver rovinato il commerciante; e poi parla del concordato e delle condizioni di questo, sicchè risulti che " il fallito si mostri meritevole di speciale riguardo „ (art. 839).

Il fallito, certamente, avrà tutto l'interesse ad accettare la cooperazione offertagli nella amministrazione; perchè " il n'est pas douteux, en effet, que l'emploi dans la gestion ne soit, sous un double rapport, très-favorable pour le failli. Il lui fournit, en premier lieu, l'occasion de prouver la bonne foi avec la-quelle il a toujours agi; il dispose les créanciers à reconnaître le zèle qu'il mettra à leur devenir utile, et dont il sera, sans doute, récompensé, lorsqu'il s'agira de lui témoigner de l'indulgence. — En second lieu, cet emploi donne au débiteur l'occasion de gagner par son travail ce qui est nécessaire à ses besoins personnels et à ceux de sa famille „ perchè il fallito non " prêtera son industrie, en échange d'un argent qui lui serait plus humillant, sans doute, mais beaucoup moins pénible de recevoir sans rien faire..... „ (1).

Il giudice delegato fissa, dice sempre l'art. 751 al suo capoverso, le condizioni della prestazione d'opera del fallito. Queste condizioni, oltre che nella fissazione del salario da corrispondersi al fallito, — e qui non può parlarsi che di salario congruo alla qualità dell'opera prestata — consistono nella determinazione della qualità e della estensione dell'opera prestata e nelle cautele secondo le quali si farà la prestazione. E queste cautele sono, evidentemente, fissate allo scopo di evitare che il fallito abusi della posizione in cui si trova per danneggiare gli interessi della massa o per far sparire, se n'è il caso, le traccie del dolo inerente a determinate operazioni da lui compiute quando ancora non era stato costretto a cessare i suoi pagamenti (2).

Il fallito potrà pure essere destituito dalla sua mansione quando legittima suspicione si desti a suo riguardo, o quando, per altre cause, venga meno verso di lui quella fiducia che sola valse ad aprirgli quell'impiego nella amministrazione. Ma rimane a sapersi su chi ricadrà la responsabilità degli atti commessi dal fallito in questa sua sussidiaria amministrazione. Egli non può essere considerato nè mandatario della massa, nè commesso del curatore; la responsabilità che in questi due casi potrebbe attaccarglisi, non trova modo d'estrinsecarsi appunto per la mancanza di una qualità decisa della sua figura giuridica. Ora, il civilmente responsabile, verso la massa, dei danni che le operazioni fatte dal fallito vengono a procurarle, chi sarà? Il curatore o il fallito?

(1) BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 20-21, n. 397-398.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 283, n. 329; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 491-492; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 141, § 1750.

La questione è tutt'altro che facile e non ne troviamo nè in dottrina nè in giurisprudenza il più lontano accenno. Il curatore, è, senza dubbio, tenuto a sorvegliare il fallito che presta l'opera sua in di lui aiuto: ma il fallito non è il commesso del curatore, e quindi non può al curatore estendersi la disposizione dell'art. 1153, n. 3, del Codice civile. Di più, il fallito subisce, in parte, la volontà del giudice delegato, che, quando fissa le condizioni della prestazione d'opera del fallito è incensurabile (Codice comm., art. 910); dunque, per regola generale, essendo il curatore il solo mandatario *ad administrandum* riconosciuto dalla massa, sembra che in ogni condizione, salvo la legge non disponga in contrario, egli debba rispondere alla massa dei danni che nell'esercizio del mandato si verificano. Poi, d'altro canto, il fallito entra nell'amministrazione con un carattere speciale e il curatore trova un'altrui ingerenza illimitata nell'amministrazione per la facoltà accordata dall'art. 751 al giudice delegato. Dal che nasce che quel concetto, già più volte avvertito, di piena libertà nei limiti del suo mandato, solo capace di infliggere al curatore una pienezza di responsabilità, rimane diminuito e, quindi, a rigor di logica, dovrebbe seguire la stessa sorte anche la responsabilità.

Avvertasi ancora che in questo stesso articolo il legislatore, parlando della assunzione di particolari coamministratori, ha voluto che il curatore rimanga responsabile dei loro atti amministrativi; sicchè si potrebbe dedurre da questo avvertimento che il legislatore avendolo, ogni volta che volle gravare il curatore di maggior responsabilità, detto espressamente, non si può intendere che alcuna estensione di responsabilità si verifichi quando il legislatore tacque — *ubi legislator voluit dixit, ubi noluit tacuit.* Ma rimane poi sempre inconcusso il principio, che la responsabilità nascente dallo adempimento del mandato, grava tutta sul mandatario, anche se il mandatario si fa coadiuvare da altri per l'adempimento dell'obbligo suo: però, ripetiamo, non ci sembra questa soluzione *optimo strictoque jure*, la più razionale.

E pei reati che il fallito potesse perpetrare, valendosi delle favorevoli occasioni in cui si trova nell'amministrazione del fallimento, *quid juris?* Secondo l'art. 860 del Codice di commercio la qualifica della bancarotta fraudolenta colpisce il commerciante fallito che ha sottratto o falsificati i suoi libri, distratto, occultato o dissimulato parte del suo attivo, ed il commerciante che ha esposto passività insussistenti, ovvero nei libri o nelle scritture od in atti autentici o privati, ovvero nel bilancio, si è fraudolentemente riconosciuto debitore di somme non dovute. Il concetto a cui si informa codesto art. 860 è un concetto che non soffre limitazione alcuna sia riguardo al tempo in cui, avverandosi i fatti de' quali si parla, si possa passare alla sua applicazione; sia riguardo alle circostanze di modo con cui gli eventi ivi delineati, si possano dal fallito perpetrare. A noi, quindi, non pare fuor di proposito il concludere che, nel caso in cui il fallito, essendo coamministratore della massa del fallimento, abusi della sua posizione per introdurre variazioni o falsificazioni nelle condizioni vere della gestione e dei documenti di questa, sia applicabile il disposto dell'articolo 860; anche perchè, rientrato il fallito, in certa guisa, nella amministrazione e parziale disponibilità di fatto del suo patrimonio, si può ritenere che di fronte a quello agisca come commerciante, e, quindi, con quella particolare malafede e dolo che sono propri alla bancarotta fraudolenta.

235. *Deliberazione dei creditori intorno alla concessione, circa le modalità dell'amministrazione, fatta al curatore.* — La sentenza dichiarativa di fallimento (art. 691, n. 6) deve determinare il giorno e l'ora in cui sarà proceduto, nella residenza del tribunale, alla chiusura del processo verbale

di verificazione dei crediti, entro i venti giorni successivi. Ora, l'art. 751, nel suo ultimo comma, dispone che nell'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, i creditori devono deliberare sulla continuazione delle facoltà concesse al curatore o sulle modificazioni che si crederanno opportune. Dunque le facoltà di cui fu gratificato il curatore per i precedenti disposti dell'art. 751, hanno soltanto un effetto temporaneo, e, per continuare, devono ottenere la ratifica dei creditori; i quali potranno o ratificare senz'altro l'ordine di cose già in corso, od annullarlo o modificarlo. La disposizione dell'art. 751 è obbligatoriap ei creditori; così sembra che non possano sottrarsi alla deliberazione sulle eccezionali facoltà concesse al curatore; e l'oggetto di questa deliberazione dovrà quindi essere posto all'ordine del giorno, diremo quasi, di questa adunanza.

Il legislatore dice che " i creditori devono deliberare sulla continuazione delle facoltà concesse al fallito, o sulle modificazioni che si crederanno opportune „; qui ritorna una questione che già si agitò a proposito del richiamo contro l'ordinanza del giudice delegato, autorizzante la continuazione del commercio del fallito: cioè, se si potesse reclamare contro l'autorizzazione non accordata: e qui, invece, se possano i creditori deliberare la non continuazione delle concessioni fatte al curatore. La deliberazione sulla continuazione delle facoltà accordate al curatore non trae, come può sembrare, logicamente con sè anche la deliberazione negativa. Perchè la deliberazione positiva si ha quando i creditori deliberino, senz'altro, di continuare lo *statu quo* che vien loro sottoposto, rinunciando a portarvi una qualsiasi modificazione; ed un prolungamento di questo diritto di deliberazione positiva, si ha nella facoltà concessa ai creditori di stabilire le modificazioni che si potessero ritenere opportune: mentre la deliberazione negativa, che sarebbe, quindi, la deliberazione a non continuare la concessione al curatore, non può avere quel prolungamento che la deliberazione positiva consente. Tuttavia crediamo che la disposizione dell'art. 751, non contando che nella pratica non si è mai dubitato circa l'interpretazione estensiva di essa, ammetta anche la deliberazione negativa (1); per quanto possa questa sembrare esagerata di fronte alla necessità dell'aiuto nell'amministrazione; necessità che può perdurare, e mettere quindi il curatore nella contingenza di non bastare da solo al disimpegno del còmpito suo.

Abbiamo detto che i creditori, nell'adunanza a cui si riferisce quest'ultimo alinea dell'art. 751, devono deliberare sull'argomento di cui ivi si tratta: ma la forza obbligatoria di questa disposizione, la sanzione coercitiva non esiste. Se, quindi, i creditori dovessero, deliberando, non solo non accordarsi affatto sulla qualità della deliberazione, ma anche non curarsi dell'obbligo di prendere una qualsiasi deliberazione, quale ne sarebbe la conseguenza, per gli effetti dell'art. 751? (2). Qui trattandosi di misure che, nella loro origine, furono prese nell'interesse della massa, non ci sembra inattendibile l'opinione, in forza della quale la mancata deliberazione equivalga ad una deliberazione positiva, alla deliberazione, cioè, che ratifica senz'altro la conservazione pura e semplice dello *statu quo*, creato dai due primi alinea dell'articolo 751.

—

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 402, § 4583, III.

(2) Questa difficoltà è apparsa all'Auriti in una sua relazione sull'applicazione dell'articolo 751, ma non fu risolta. — Vedi *Il Dir. comm.*, vol. VI, colonna 450, 1888.

Art. 752.

Il giudice delegato può concedere al fallito, per sè e per la sua famiglia, sull'attivo del fallimento, i necessarii soccorsi, e fissarne la misura sulla proposta del curatore, sentita la delegazione dei creditori.

L'ordinanza del giudice delegato è soggetta a richiamo.

Dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti nessun soccorso si può più dare al fallito ed alla sua famiglia, senza una deliberazione dei creditori.

Sommario.

226. *Carattere della disposizione dell'articolo* 752 *in rapporto coll'articolo* 735 *Codice commerciale.*
227. *Autonomia del giudice delegato nel concedere soccorsi al fallito. — Il curatore. — La delegazione.*
228. *Qualità dei soccorsi e loro quantità. — Carattere alimentizio della fornitura.*
229. *Richiami contro l'ordinanza del giudice delegato.*
230. *Carattere limitato della autonomia del giudice delegato. — La deliberazione dei creditori dopo l'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti.*

226. *Carattere della disposizione dell'articolo* 752 *in rapporto coll'articolo* 735 *Codice commerciale.* — Le ragioni di umanità, di cui si è discorso più addietro nel commento dell'art. 735, e che qui crediamo superfluo richiamare, come hanno dettato le disposizioni di quell'articolo hanno pure forzata la mano al legislatore in questo articolo 752, che assume, perciò, il carattere di una ampliazione, di una continuazione di quello (1). Tuttavia una differenza, ed abbastanza rimarchevole, esiste tra i due articoli. L'art. 735, difatti, dà un diritto, al fallito ed alla sua famiglia, di vedersi lasciati utensili, masserizie e ciò che per l'economia della famiglia, può essere necessario; è, come si disse, un'istituzione d'ordine sociale, alla quale nè il fallito può per patto rinunciare, nè chi appone i sigilli venir meno. Codesta obbligatorietà *adversus omnes*, non esiste più per le disposizioni dell'art. 752; il quale dà al giudice soltanto facoltà di concedere al fallito per sè e per la sua famiglia sull'attivo del fallimento i necessari soccorsi: e la differenza si fa ancor più spiccata se consideriamo a quale condizione sia sottoposta la prestazione dei sussidi necessari. L'articolo 735 non sottoponeva il rilascio delle vesti, masserizie e mobili al fallito ed alla sua famiglia, a nessun'altra condizione fuori di quella della necessarietà; bastava che quegli

(1) Una sentenza (inedita) dell'Appello di Torino, 17 ottobre 1889, fallimento Bracco, riguardo all'articolo 752 in rapporto coll'articolo 735, sulla dazione e sul rilascio al fallito, per sè e famiglia, dei mobili necessari e dei necessari soccorsi, ha stabilito che è colpevole di bancarotta fraudolenta quel commerciante fallito che ha sottratto oggetti di mobilio e di uso personale, prima che si compissero le formalità di cui all'articolo 735 del Cod. di comm.: ma dei quali oggetti il giudice delegato, a mente dell'art. 752 stesso Codice, gli abbia poi lasciata la disponibilità.

Svolgeremo questo criterio di giurisprudenza trattando della bancarotta e dei reati in materia di fallimento.

oggetti fossero necessari perchè, senz'altro, non si sottoponessero più a sigillo; e il carattere della necessarietà era immanente perchè non si poteva supporre — questa essendo l'unica ipotesi che avrebbe bandita la necessarietà — che il fallito potesse rifornirsi di altre suppellettili domestiche una volta che gli fossero sequestrate quelle di cui attualmente si serviva, o delle quali quanto meno, gli fosse impedito l'uso: sicchè la condizione della necessarietà posta dal legislatore per giustificare quella concessione, poteva ritenersi come costantemente presente ogni volta che, dichiarato il fallimento d'un commerciante, si procedesse all'apposizione dei sigilli. Invece l'art. 752, che invoca di nuovo la necessarietà dei soccorsi da concedersi, ha fissato per condizione che i soccorsi stessi debbansi prelevare sull'attivo; quindi un attivo deve esistere, e se il fallimento ha mancanza d'attivo, come spesse volte succede, l'articolo 752 diventa assolutamente inapplicabile. Ognuno vede che questo è conforme ai più embrionali principii di giustizia e di equità; perchè, se, esistendo un attivo, la massa dei creditori, alla quale l'attivo stesso è devoluto, può sopportare *pietatis causa* che a questo attivo sia arrecata qualche diminuzione per già rendere meno dolorosa la triste vita di un fallito carico di famiglia, tali ragioni non si possono più riscontrare nel caso in cui, non essendovi alcun attivo, se si volessero elargire soccorsi al fallito, converrebbe rivolgersi alla carità privata dei creditori per questa nuova specie di beneficenza da farsi al loro creditore. Di più il carattere della necessarietà che qui si riscontra, come nello articolo 735, ha una diversa intensità, una diversa importanza di quella scaturiente dal detto articolo. La necessità degli oggetti che erano lasciati al fallito ed alla sua famiglia in quella primissima operazione del fallimento, partiva dal concetto che la famiglia stessa sarebbe rimasta spoglia qualora quelle suppellettili fossero state tolte, per l'impossibilità di procurarsene altre stante la mancanza dei mezzi a ciò necessari; qui invece la necessarietà della somministrazione dei soccorsi dipende dalla impossibilità in cui possono trovarsi il fallito, od i membri validi della sua famiglia, a procurarsi colla propria industria i mezzi di sostentamento indispensabili. Quindi la necessarietà nasce da questa esclusione di possibilità in cui si trovi la famiglia del fallito e il fallito stesso di procurarsi col proprio lavoro o colla propria industria le sussistenze, o di procurarsele nella misura necessaria. Che se il fallito, valido e capace, od i membri idonei della sua famiglia, volessero preferire ad un onesto e profittevole lavoro, un ozio senza dignità a carico della massa dei creditori, nessun dubbio che il giudice delegato non potrebbe nè proporre nè accordare soccorsi al fallito; mentre, date circostanze speciali, come famiglia numerosa e composta di individui incapaci d'impiego, e il fallito colla sua sola industria o col suo solo lavoro non potendo sopperire a tutti i bisogni di questa famiglia, allora la necessità di accordare soccorsi si presenta, nè il fatto che il fallito guadagni la escude.

Notisi poi che a facilitare i mezzi di procurarsi col proprio lavoro il sostentamento, è diretto anche l'articolo precedentemente esaminato (751), coll'accordare che si possa nell'amministrazione del fallimento impiegare, a mercede, il fallito stesso. Da ultimo una differenza tecnica, per così dire, tra i due articoli che abbiamo qui raffrontati è data dalla disposizione dell'articolo 735; secondo la quale la delegazione dei creditori e il curatore possono reclamare contro la esagerata concessione fatta dal pretore che procede alla apposizione dei sigilli, alla famiglia del fallito, ed è il giudice delegato che provvede su questo richiamo; laddove per l'art. 752 è l'ordinanza stessa del giudice delegato che è soggetta a richiamo ed è il tribunale che deve provvedere.

Tutte le legislazioni commerciali europee hanno disposizioni analoghe a quelle dell'articolo 752 del vigente Codice italiano; e le

differenze che intercedono fra i vari sistemi adottati sono di poco momento. Il cessato Codice italiano di commercio all'art. 582 e il Codice francese all'art. 474 sono press'a poco uguali all'articolo in esame. Per l'art. 808 del Codice neerlandese si accorda ai curatori l'autorizzazione a concedere i soccorsi necessari al fallito solo nel caso che non si tratti di bancarotta, prelevando questi soccorsi " sui danari contanti che esistono nella massa „; il tribunale fissa la somma che dovrà essere data, ed è il giudice delegato che concede ai curatori la autorizzazione. La legge germanica (1877) sul fallimento, al § 118, vuole che il curatore per concedere al fallito " modici soccorsi alimentari „ sull'attivo del fallimento, ne ottenga consenso dal tribunale o, se un comitato dei creditori vi sia, da questo comitato (1). L'art. 38 della legge inglese 1884, sui fallimenti, accorda al curatore, col consenso dei creditori attestato da deliberazione presa in assemblea generale, di fare, durante il fallimento e periodicamente, quelle sovvenzioni al fallito, le quali fossero approvate dai creditori, e fossero necessarie pel suo sostentamento e per quello della sua famiglia, prelevando le somme necessarie sull'attivo del fallimento: è notevole poi che questo stesso articolo, per incidenza, autorizza il fallito ad occuparsi della liquidazione del suo patrimonio, ed in questo caso i soccorsi che gli sono accordati prendono il carattere di " rimunerazione pei suoi servigi „.

227. *Autonomia del giudice delegato nel concedere soccorsi al fallito. — Il curatore. — La delegazione dei creditori.* — La iniziativa della concessione di soccorsi al fallito appartiene, per l'articolo 582 del Codice italiano 1865 e per l'art. 474 dell'attuale Codice francese, ai sindaci; i quali presentano al giudice delegato (juge commissaire) la proposta dei soccorsi da concedersi; costui su questa proposta fissa l'entità dei soccorsi; e si può portare reclamo al tribunale contro il giudice delegato. Per l'art. 752 la iniziativa non è più del curatore; e quantunque non possa dirsi assolutamente che sia passata al giudice delegato, pure appartiene a lui piuttosto che agli altri organismi della amministrazione. Notisi poi che, per gli articoli 582 Codice italiano cessato e 474 Codice francese, la locuzione " il fallito può ottenere per sè e per la sua famiglia „, sull'attivo del fallimento, i soccorsi necessari, è concesso direttamente al fallito di avanzare domanda per ottenere questa pensione alimentizia; laddove l'articolo 752 dell'attual Codice di commercio italiano non è così esplicito, e può lasciar dubitare da che parte debba partire la domanda di soccorsi: anzi si può dire che al fallito non è concesso di fare alcuna domanda ed è solo il giudice delegato che spontaneamente, conoscendo le condizioni in cui versano il fallito e la sua famiglia, propone che gli si concedano i soccorsi. Tuttavia devesi notare che la lettera non può, per quanto si offra ad interpretazioni restrittive, far velo, specie in bisogna così grave come è questa, allo spirito della legge, all'intenzione del legislatore. Le ragioni di umanità, che guidarono il legislatore a sancire l'articolo in esame, devono provocare l'adozione di quei rimedi proposti per ottemperarvi, da qualunque interessato (2) possa provenire la domanda; sicchè il fallito, come il curatore, come quasi anche ogni singolo creditore, può domandare al giudice delegato la concessione dei soccorsi. Il fallito potrà chiedere al curatore che avanzi domanda al giudice delegato per ottenere la concessione; e non

(1) " § 118. Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gericht ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und per Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren „.

(2) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 356, n 307.

assecondando il curatore questa domanda, potrà il fallito rivolgersi direttamente al giudice delegato (1). Noi però, contrariamente a quanto dice il Vidari (2), non crediamo che, interpretando strettamente la legge, al curatore spetti l'iniziativa, della domanda di concessione d'alimenti al fallito. L'articolo 752 dice che il giudice delegato ne fisserà la misura sulla proposta del curatore; ora si può dedurre da questa locuzione della legge — dimenticando le analoghe disposizioni dell'art. 582 del cessato Codice di commercio, che certo hanno influito sulla opinione del Vidari — che la proposta del curatore, alla quale si riferisce la locuzione sovra citata, sia la proposta della concessione, invece che quella della entità dei soccorsi da prestarsi? Si consideri che il curatore rappresenta gli interessi della massa dei creditori; mentre il giudice delegato rappresenta in questo caso particolarmente, gli interessi della società; e, come invigila che il fallito non sfugga a quella pena che per la sua mala fede può essersi meritata, così invigila acchè il fallito non sia vittima angariata dalla prepotenza dei creditori. Ora da questo diverso carattere che ha la funzione dei due organismi della amministrazione di fronte all'art. 752, nasce appunto che la iniziativa della concessione dei soccorsi, dipenda dal giudice delegato: e la proposta a cui allude la locuzione dell'art. 752 devesi intendere la proposta della entità dei concedendi soccorsi; appunto perchè devono questi essere misurati sulla entità dell'attivo dal quale vengono sottratti, e di questa entità è il curatore la persona meglio informata. Di più, è pure il curatore quello che, meglio d'ogni altro, conosce le condizioni finanziarie del fallito ed è, quindi, in condizione d'apprezzare quale misura sia opportuno abbiano i soccorsi. Ad ogni modo, sia che la proposta della concessione gli venga fatta dal fallito, sia che gli venga fatta dal curatore, il giudice delegato non è tenuto — questo è certo, e gli autori sono d'accordo su ciò — ad accogliere favorevolmente la proposta; l'arbitro della concessione è lui solo e come tale non può essere obbligato a seguire nessun indirizzo offertogli da chicchessia; nè, d'altro canto, quando egli ritenga che i soccorsi debbansi accordare al fallito, le rimostranze del curatore, la costui negativa di proporre la misura secondo cui devonsi i soccorsi accordare, il contrario parere della delegazione dei creditori, sono ostacoli a che il giudice delegato emetta un'ordinanza favorevole alla concessione (3).

Il giudice delegato è tenuto a sentire la delegazione dei creditori; quest'obbligo, fattogli tassativamente come quello d'accordarsi col curatore — e qui si palesa più efficacemente il carattere dell'intervento del curatore, quale noi l'abbiamo additato — si funge ugualmente, anche se la delegazione dei creditori non voglia intervenire; basta alla legalità del procedere che il giudice delegato abbia officiata la detta delegazione a dire il suo parere sulla concessione da farsi, perchè l'obbligo che il legislatore impose al giudice delegato sia adempito; e la delegazione non potrà impugnare di nullità l'ordinanza del giudice per illegalità nella forma quando essa non ha voluto intervenire, o intervenuta non volle pronunciare il suo parere (4).

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 407, § 4590, 1.

(2) *Ibidem* e 408.

(3) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 284, n. 330; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 408, § 4590, 1; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 357, n. 311; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 378, n. 406; DALLOZ, voce citata, n. 400.

(4) Riguardo pure a questo articolo l'Auriti, nella già citata relazione, non risolse il dubbio sollevato. Vedi *Il diritto commerciale*, vol. V, colonna 450, 1888.

Il Vidari poi, e giustamente, ritiene, in tesi generale, che la delegazione dei creditori sia non una necessità, ma un impaccio al sollecito funzionamento dell'amministrazione; epperò ogni volta che, invitata ad intervenire ad una deter-

228. *Qualità dei soccorsi e loro quantità. — Carattere alimentizio della fornitura.* — L'art. 582 del Codice di commercio abolito parlava di "soccorsi a titolo d'alimenti„ come l'art. 474 del Codice di commercio francese parla tuttavia di "secours alimentaires„; invece il legislatore italiano volendo dare maggior ampiezza alla concessione parlò soltanto di "soccorsi necessari„; intendendo che la necessità non fosse di ostacolo alla qualità dei soccorsi da concedersi; sicchè, secondo lo spirito della legge, saranno soccorsi necessari tutte quelle sovvenzioni che il bisogno del fallito o della sua famiglia rende necessari per la sua soddisfazione. Commentando l'articolo 735 abbiamo veduto che nella pensione alimentaria, che viene ad essere ancora la base dello spirito dell'articolo 752, si comprende tutto ciò che può essere necessario alla vita delle persone alle quali tale pensione viene elargita: quindi vi si comprendono i soccorsi resi necessari per la malattia in cui sia caduto il fallito o qualche membro della sua famiglia, come anche le spese per la educazione ed istruzione dei figli del fallito, non potendosi, nelle condizioni attuali di vita sociale, dare maggior importanza alle spese rese necessarie per la alimentazione del corpo che a quelle indispensabili per la istruzione ed *alimentazione* della mente. Ancora riguardo alla estensione con cui si debba interpretare l'art. 752 per quanto riflette la qualità dei soccorsi che possono abbisognare al fallito, abbiamo veduto trattando dell'articolo 735, che la giurisprudenza, già sotto il regime del Codice di commercio del 1865, aveva stabilito che anche l'alloggio pel fallito e per la sua famiglia va compreso nel criterio della pensione alimentaria e dei soccorsi da concedere al fallito (1). Notisi ancora che la locuzione "per sè e per la sua famiglia„ usata dal legislatore non acquista un carattere inscindibile riguardo alle persone a cui allude; ossia la congiunzione *e* usata dal legislatore non fa sì che se il fallito manca di famiglia o se la famiglia del fallito fu orbata di costui per la sua morte, si perda il diritto nel fallito solo, o nei suoi superstiti, di usufruire dei soccorsi di cui parla l'articolo 752. La concessione è pienamente scindibile ed alternativa: sicchè anche il fallito che sia solo, come la sua famiglia, nel caso egli sia morto, potranno invocare la concessione dei soccorsi che possono essere dati secondo l'articolo che si esamina (2); ed allora verranno concessi in quella proporzione che sarà necessaria, viste le condizioni dei petenti. Ancora i soccorsi verranno somministrati temporaneamente ossia per quel tempo pel quale saranno ritenuti necessari; così ad esempio: per superare le prime difficoltà, in cui, appena dichiarato il fallimento, possa trovarsi il fallito; poi, essendo la necessarietà dalla legge richiesta un elemento di carattere attuale e immanente, quando essa venga meno vien meno anche la causa per cui i soccorsi dovevano concedersi, e, quindi, essi verranno sospesi; senza però che si nuocia alla loro riconcessione quando la necessarietà si ripresenti.

Il Vidari (3) riferisce come si disputi "se, ottenuta dalla moglie del fallito e contro di esso sentenza di condanna al pagamento di una pensione alimentare prima del fallimento, la dichiarazione di questo, lasci sussistere ancora o no il diritto di lei alla pensione„; e l'egregio commercialista conclude

minata operazione, secondo ciò che prescrive la legge, essa non intervenga o non si pronunci, l'operazione sarà correttamente fatta anche in sua assenza — e ciò a proposito pure dell'art. 752. (*Il Dir. comm.*, vol. I, 1882, pag. 420-423: *La delegazione dei creditori*).

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 485, n. 330 - Sentenza della Corte d'appello di Genova, 6 febbraio 1875.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 407 § 4590, 1; PAGANI, op. cit., pag. 105, n. 65.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 410, § 4592, 1.

dicendo che " il credito della moglie non può esser trattato diversamente dagli altri crediti semplicemente chirografari ; e quindi che anche la moglie non ha diritto di esser pagata se non con moneta di fallimento „. Ognun vede quanto sia corretta questa soluzione proposta dal Vidari; perchè la moglie che di fronte al proprio marito si trova creditrice di una pensione alimentaria è appunto una creditrice che, al caso di fallimento del debitore, segue la stessa sorte degli altri creditori, e vien pagata sull' attivo del fallimento quando saranno pagati gli altri creditori; ma l'articolo 752 che parla appunto di una pensione alimentaria da concedersi al fallito od alla di lui famiglia non può riferirsi che alla esistenza di rapporti normali intercedenti tra i vari membri della famiglia del fallito (1).

229. *Richiami contro l'ordinanza del giudice delegato.* — L'antico Codice francese di commercio (1807) come il Codice di commercio albertino, fatto ad immagine e somiglianza del francese, non accordavano alcun soccorso al fallito prima che si fosse avverata l'unione dei creditori; quindi per il sistema seguito da quei Codici non si necessitava alcun rimedio in favore dei creditori contro la concessione dei soccorsi al fallito. Ma l'attuale sistema, in vigore in pressochè tutte le legislazioni commerciali dei popoli civili, prima ancora che siasi verificata l'unione di fatto e di diritto dei creditori, accorda, come si è visto, di passare al fallito tutti quei soccorsi che possano essergli necessari; e vuole che questa concessione prenda vigore e forma dalla ordinanza del giudice delegato Però in vista di porre un freno al possibile trasmodare del giudice delegato stesso, e nell'intento di rimediare ai danni e agli interessi della massa che potessero provenire dalla concessione quanto a quelli che potessero sovrastare al fallito per la non concessione, sottopose l'ordinanza del giudice delegato, *in ogni caso*, a richiamo.

Diciamo *in ogni caso* per marcar bene anche a quali persone possa essere accordata la facoltà di richiamarsi contro l'ordinanza del giudice; perchè, e la dottrina è concorde, tutti quelli che hanno diritto di proporre o domandare la concessione dei soccorsi, devono aver il diritto, dal primo naturalmente scaturiente, di cercare altrove accoglienza alla loro domanda quando la prima persona a cui debbono rivolgersi sentenzi contrariamente a ciò ch'essi desideravano (2). Così è sorto il diritto al richiamo contro l'ordinanza del giudice delegato; e il richiamo, per l'art. 910, sarà portato davanti al tribunale ad udienza fissa. Ma la ordinanza del giudice delegato sarà provvisoriamente esecutiva? Rispondiamo subito; no! Perchè, come osserva il Calamandrei (3), ogni volta che il legislatore volle accordare esecutorietà provvisoria ad un'ordinanza del giudice delegato lo disse espressamente, come negli articoli 728, 750 e 811: quindi, stando all' interpretazione autentica e più corretta della legge, non si può venire a conclusione diversa da quella additata dal trito aforismo " ubi legislator voluit dixit, ubi noluit tacuit „. Se non che si possono sollevare alcune obbiezioni tutt'altro che prive d'importanza. Così, se la ordinanza non è provvisoriamente esecutiva e sia palese e immanente l'impellenza del bisogno, per cui il giudice delegato accordò i soccorsi al fallito, come sarà sod-

(1) E nel caso in cui il fallito goda una pensione alimentaria da parte dei parenti suoi potrà invocare l'art. 752? Non crediamo perchè qualora i creditori gli concedano di godere e percepire quella pensione, non si può supporre alcuna impellenza di bisogni, se questa è sufficiente.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 408, § 4570, 1); CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 285, n. 33; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 486; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 358, n. 313; DALLOZ, op. e voce citate, n. 401.

(3) CALAMANDREI, *Ibid.*; VIDARI, *Ibid.*; BOULAY-PATY, op. cit., vol. I, pag. 374-375, n. 405.

disfatta l'intenzione filantropica del legislatore espressa nell'articolo 752, se basta l'opposizione sollevata mediante richiamo, supponiamo interposto dal curatore, per rendere inattuabile la concessione? Quando il tribunale avrà sentenziato sull'accettabilità del presentato reclamo, la impellenza della necessità può essere dissipata ed allora, comunque pronunci il tribunale, è certo che la concessione dei soccorsi diventa superflua, e quindi annullabile; e quindi ancora la facoltà accordata al giudice delegato rimane irrita.

Qui, dunque, sarebbe necessaria una interpretazione diversa da quella che sopra si è esposta; ma questa non ha per sè il suffragio di alcun principio di diritto, nè valgono a sorreggerla le ottime ragioni di cui può adornarla un ben giusto sentimentalismo: sicchè rimane soltanto a dire che poteva il legislatore rendere provvisoriamente esecutiva anche la ordinanza del giudice delegato, almeno quando concedeva i soccorsi al fallito dei quali parla l'articolo 752; considerando che, dovendo essere per loro natura limitati, e dippiù essendo concessi sotto il controllo del curatore e della delegazione dei creditori, non ne sarebbe provenuta alla massa del fallimento quella così grave diminuzione che meritasse l'immediato rimedio della non esecutorietà provvisoria dell'ordinanza stessa (1). Resta inutile avvertire che il tribunale, accolto il reclamo, è libero di dargli evasione favorevole o sfavorevole; e che la sentenza del tribunale diventa immediatamente esecutiva.

230. *Carattere limitato della autonomia del giudice delegato. — La deliberazione dei creditori dopo l'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti.* — Se il richiamo a cui è soggetta l'ordinanza del giudice delegato, può figurare come una diminuzione di quella autonomia, o almeno della sua effettività, di cui abbiamo parlato al numero 227, tanto maggiore e più aperto carattere di diminuzione di quella autonomia, lo assume la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 752, per la quale dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti nessun soccorso si può più dare al fallito ed alla sua famiglia senza una deliberazione dei creditori. Il limite, imposto dall'alinea secondo dell'articolo 752, tocca direttamente all'applicazione della facoltà concessa al giudice delegato, e la frena riguardo alla sua effettività reale; il limite dato dall'ultimo alinea di questo articolo ne arresta la applicabilità riguardo al tempo: abbiamo così per la stessa facoltà due diversi limiti, uno di modo e quantitativo, l'altro di tempo. Risôrte, da questa disposizione, la interinalità della concessione dei soccorsi accordati al fallito dal giudice delegato; perchè non sembra dubbio che i creditori sieno liberissimi di accogliere, o no, la proposta che venga loro fatta di concedere i soccorsi al fallito non solo, ma anche di continuare la somministrazione quando questa sia stata previamente concessa: e nessun richiamo è accordato contro la deliberazione dei creditori, la quale è così il primo e l'ultimo grado di giurisdizione cui possa rivolgersi il fallito per chiedere la somministrazione dei necessari soccorsi. L'articolo 643 del cessato Codice di commercio, nel suo primo alinea, conteneva la identica disposizione dell'art. 752, ultimo comma, Codice di commercio vigente, disposizione che il Codice francese sancisce all'art. 530. È certo che anche per queste legislazioni sono i soli creditori quelli che possono in quella circostanza giudicare della

(1) È notevole che il Borsari, op. cit., § 1749, non riconosceva, nella disposizione dell'antico articolo 582 del cessato Codice di commercio, la non esecutorietà provvisoria dell'ordinanza del giudice delegato, sostenendo che nel silenzio della legge dovevasi adottare la interpretazione più favorevole al fallito e conforme all'intenzione del legislatore.

opportunità di concedere o meno al fallito i soccorsi che egli chieda (1): e siccome quando diventa applicabile il disposto dell'art. 752 ultimo alinea, la condizione giuridica dei creditori è definitivamente fissata, non sembra dubbio che la loro deliberazione debba essere presa, per essere valida, con quelle norme secondo le quali sono prese le deliberazioni dei creditori, dopo che è avvenuto il definitivo accertamento dei loro diritti. I creditori, per prendere la deliberazione di cui parla questo disposto che veniamo esaminando, debbono essere appositamente convocati a domicilio per lettera raccomandata, appena il fallito proponga al curatore o alla delegazione dei creditori, o al giudice delegato la domanda di soccorsi; e sembra certo che, trattandosi di provvedimento urgente, possa il giudice delegato convocare i creditori d'ufficio (articolo 727); i creditori poi decideranno in merito alla concessione non solo, ma anche, adottato il criterio di concedere il soccorso, sulla misura che questo potrà avere (2). Allora, esaurite dai creditori le mansioni che prima della loro unione erano affidate al curatore ed alla delegazione dei creditori, questi due organismi della amministrazione non hanno più alcuna ingerenza nella concessione dei soccorsi necessari al fallito.

Art. 753.

Il danaro proveniente dalle vendite e dalle riscossioni, dedotte le somme riconosciute necessarie dal giudice delegato per le spese di giustizia e di amministrazione, dev'essere tosto depositato giudizialmente. Il curatore, entro tre giorni dalla esazione, deve presentare al giudice delegato la prova degli eseguiti depositi. In caso di ritardo, il curatore è debitore degl'interessi sulle somme non depositate.

Art. 754.

Il danaro depositato dal curatore o da altri per conto del fallimento non può essere ritirato che mediante l'ordinanza del giudice delegato. Se vi sono sequestri il curatore deve prima ottenerne la rivocazione.

Sommario.

231. *Deposito giudiziale del denaro riscosso o comunque esatto dal curatore per conto del fallimento.*
232. *Il giudice delegato riconosce quali somme sieno necessarie alle spese di giustizia e d'amministrazione.*
233. *Il deposito dev'essere fatto dal curatore entro giorni tre dalle avvenute esazioni.*

(1) Il Calamandrei dubita che l'art. 643 del Codice abolito potesse avere codesta interpretazione (op. cit., vol. I, pag. 285, n. 332); noi non dividiamo codesta opinione.

(2) L'Alauzet, invece, opina in senso contrario (op. cit., vol. IV, pag. 231, § 1826).

234. *Il curatore è tenuto a prestare gli interessi delle somme non ancora depositate. Gli interessi saranno civili o commerciali?*
235. *L'ordinanza del giudice delegato autorizza a ritirare il danaro depositato.*
236. *La rivocazione dei sequestri eventualmente esistenti, è chiesta dal curatore.*

231. *Deposito giudiziale del danaro riscosso, o comunque esatto dal curatore, per conto del fallimento.* — L'articolo 597 del Codice di commercio abolito e l'art. 489 del vigente Codice di commercio francese contengono le identiche disposizioni che sono raccolte nell'art. 753 dell'attuale nostro Codice di commercio.

La legge inglese sul fallimento disciplina parimenti i versamenti da farsi dal curatore al § 30, e il Codice neerlandese vuole all'art. 811 che i depositi in pro della massa vengano di mese in mese ordinati dal giudice delegato: ed identica disposizione è contenuta dall'art. 1175 del Codice di commercio portoghese.

L'art. 753, che ora prendiamo a commentare, quando ordina il deposito giudiziale del danaro da quelle ricavato, allude a vendite e riscossioni già avvenute. Per intendere a quali vendite specialmente, ed a quali riscossioni si riferisca l'articolo in esame, è d'uopo considerare due cose: prima, che le vendite degli oggetti appartenenti al fallimento, sia mobili che immobili, non possono aver luogo che dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti; quindi le vendite a cui si riferisce l'art. 753 sono le vendite che sono autorizzate in via eccezionale dal giudice delegato, ricorrendo le condizioni delineate dagli art. 736 e 750: poi, che le riscossioni, a cui allude l'art. 753, sono di due specie; perchè le une dipendono dalla normalità dell'amministrazione e dagli obblighi inerenti all'ufficio di curatore; e le altre, invece, sono anche loro frutto di una eccezione portata al disposto dell'art. 794, in vista di evitare alla massa diminuzioni sull'attivo, e questa eccezione è pure contenuta dagli articoli 736 e 750, coordinati. Quindi i depositi giudiziali del danaro ricavato dalle vendite, o comunque riscosso dal curatore, quando non necessitasse alle spese di amministrazione od alle spese giudiziali, constano di quel danaro che viene a mano del curatore per le operazioni fatte, come urgenti alla sicurezza della massa, a mente degli articoli 736, 738, 748 e 750, coordinati fra loro in quanto sieno coordinabili.

Ma questo articolo 753 in quali rapporti si trova coll'art. 742, che ordina pure il deposito giudiziale del danaro? Abbiamo veduto, esaminando quell'articolo, come la mancanza di fissazione dell'epoca o del termine, entro cui il danaro deve venire giudizialmente depositato, doveva interpretarsi nel senso più favorevole agli interessi della massa, anche per ciò che dispone la legge sui depositi giudiziali nelle Casse di depositi e prestiti; ossia immediatamente dopo che esso era venuto a mano del curatore. Invece l'art. 753 fissa il termine di giorni tre: entro questo termine il curatore deve depositare giudizialmente il denaro. Da ciò si ricava, che il denaro di cui parla l'articolo, che ora si commenta, non è più il danaro che doveva essere depositato secondo la disposizione dell'art. 742; ma è, invece ed appunto, quel danaro che, sia il curatore provvisorio che il curatore definitivo, sono venuti esigendo o riscuotendo per le operazioni di una eccezionale amministrazione, non meno che per quelle dipendenti dal disimpegno normale del loro ufficio. E diciamo tanto il curatore provvisorio che il definitivo; perchè buona parte delle operazioni, che possono far luogo alla presenza di danaro fra mani di chi ha il mandato amministrativo del patrimonio della massa, vengono fatte — e la legge stessa ne dà una espressa dichiarazione all'art. 748 — dal curatore provvisorio nel tempo che corre dalla pronunciazione della sentenza che lo

ha nominato (art. 691), alla nomina del curatore definitivo (art. 717 e 718). Parlando del deposito giudiziale, di cui tratta l'articolo 742, si è detto in quali istituti questo possa essere fatto; quindi ritiensi inutile ripetere ora ciò che in quell'occasione si disse (1).

333. *Il giudice delegato riconosce quali somme sieno necessarie alle spese di giustizia e d'amministrazione.* — Quantunque l'art. 753 stabilisca il deposito giudiziale delle somme di danaro venute a mano del curatore, e lo stabilisca con carattere assoluto, tuttavia concede al giudice delegato di poter dedurre da quelle somme, il danaro necessario per le spese di giustizia e d'amministrazione. In queste due categorie di spese si intendono incluse tutte quelle la cui necessità si matura per le varie operazioni relative alla amministrazione ampiamente intesa; quindi retribuzioni a persone impiegate nell'amministrazione stessa; onorari ad avvocati, procuratori, notari, periti, mediatori, custodi, ecc.; spese, compensi, indennità che debbono pagarsi a costoro o ad altre persone che a simili esazioni sulla massa abbiano diritto; e, come dispone l'art. 727, è pure il giudice delegato che liquida tutte codeste spese. Vi si comprendono, inoltre, quelle retribuzioni che vengono accordate al curatore provvisorio quando vien surrogato dal curatore definitivo scelto in altra persona. Riguardo alla retribuzione dovuta al curatore provvisorio, non riteniamo sia applicabile il disposto in esame, per l'ostacolo che a ciò oppone l'art. 722 che vuole, che la retribuzione fissata pel curatore, e si intende il definitivo, siagli pagata a rate o frazioni, al tempo delle successive ripartizioni di attivo fra i creditori, in proporzione di ciò che essi hanno ricevuto. Quindi, trattandosi, per l'art. 753, di una condizione di cose nella quale nessuna distribuzione di attivo fra i creditori può essere fatta, perchè di costoro non è per anco fissata la condizione giuridica, è troppo evidente che neppure il curatore definitivo possa percepire alcuna rata o frazione della dovutagli retribuzione, e quindi che nessuna somma possa a questo scopo essere dedotta dal denaro che deve depositarsi giudizialmente, secondo l'art. 753.

Il legislatore, accordando la facoltà di cui si parla al giudice delegato, sembra averne sottoposto l'uso ad una condizione particolare; ed è quella della necessità delle spese che provocano la deduzione, necessità che deve essere riconosciuta dal giudice delegato. Ora si domanda: quali saranno i caratteri di codesta necessità? Le spese relative all'amministrazione ed alla giustizia, che sono quelle che il legislatore concesse di dedurre, ponno essere già scadute, quindi pagate o immediatamente da pagarsi, oppure non essere scadute, ma venire a termine in un tempo relativamente vicino: la necessità, allora, che domina le spese diggià scadute non può essere messa in dubbio, dovendo queste essere tosto pagate: ma per le spese a breve scadenza non vi è più, certamente, quel carattere di imminenza, durando tuttavia la necessità del loro pagamento, che è proprio della prima specie.

Il legislatore, però, ha voluto, parlando di necessità di spese per poter dedurre le somme dal denaro da depositarsi, designare un limite all'uso della facoltà che si concedeva così al giudice delegato: ma non volle alludere soltanto alle spese già scadute. Se quindi, al momento in cui dovrebbe essere fatto il deposito vi sono spese dipendenti dalla amministrazione o da procedimenti giudiziali, le quali si verificheranno prima che altre somme di danaro vengano a mano

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 286-287, n. 333; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 398-399, § 4582 *d*); RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 495-496; RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 179 n. 609-610; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 141-142, n. 1751.

del curatore, s'intende che anche per quelle spese può il giudice delegato prelevare la somma che occorre per pagarle, poi che siano scadute.

Tutti gli autori sono d'accordo sull'opinione che la facoltà concessa al giudice delegato va interpretata restrittivamente e che il curatore non può di suo arbitrio, se non è autorizzato dal giudice delegato, dedurre alcuna somma a qualsiasi titolo. Il curatore è privato della facoltà di tenere presso di sè e di usare del denaro della massa, sia per conto proprio che per conto dell'amministrazione; ben s'intende però che quelle spese correnti che si devono fare per i bisogni ordinari dell'amministrazione, vengono fatte dal curatore senza intervento del giudice delegato, salvo però l'obbligo del curatore stesso di rappresentare sempre le cause e il modo per cui quelle spese si compirono. Sicchè devesi ritenere che la facoltà accordata al giudice delegato e l'obbligo imposto al curatore quanto al deposito giudiziale del danaro riscosso o esatto per conto della massa, stanno fra di loro in questo rapporto: il giudice delegato, cioè, può prolungare, riguardo a certe somme di danaro, quella permanenza nelle mani del curatore che il legislatore intese togliere nel più breve tempo possibile per la sicurezza e l'interesse della massa dei creditori; ma rimane fermo sempre che " la disposition de cet article, come dice il Bertrand, citato dal Renouard (1), est d'un intérêt trop généralement compris pour n'être pas rigoureusement observé; et quelles que soient les garanties morales ou pécuniaires que puissent offrir les syndics (leggi: il curatore), rien ne saurait les dispenser de son exécution „.

383. *Il deposito dev'essere fatto dal curatore entro giorni tre dalle avvenute esazioni.* — Si sa che il curatore, come amministratore della massa, deve fare tutte le operazioni che sono utili alla massa stessa, sia allo scopo di conservarla, che allo scopo semplicemente e genericamente amministrativo. Operazione di precipuo interesse alla massa ed atto amministrativo insiememente che conservativo, è il deposito delle somme ricavate dagli atti amministrativi e conservativi, nelle casse di Depositi e Prestiti, come prescrive la legge 17 maggio 1878, od anche presso qualsiasi altro istituto di credito o banchiere privato, come consente l'art. 878 dell'attuale Codice di commercio. Quest'obbligo di depositare giudizialmente il danaro è imposto al curatore ogni volta che, per avvenute vendite od esazioni di crediti, si trovi a sue mani del numerario L'art. 753 oltre che imporre al curatore il deposito giudiziale gli ordina di farlo entro tre giorni dalla esazione; o meglio gli ordina di presentare, entro tre giorni dalla esazione, al giudice delegato la prova degli eseguiti depositi.

Sarebbe forse stato più corretto che termine, così fissato al curatore, cominciasse a decorrere dal momento in cui il giudice delegato ha approvate le deduzioni necessarie per le spese, relative alla amministrazione della massa, o giudiziali; perchè allora il danaro che veramente deve essere depositato rimane assolutamente libero e disponibile fra mano del curatore: ma è a credersi, che il riconoscimento da parte del giudice delegato delle somme a trattenersi, deve seguire contemporaneamente alla constatazione dell'esistenza di danaro nelle mani del curatore ed alla necessità di depositar questo danaro giudizialmente: sicchè il deposito avvenga dopo la epurazione delle spese, tre giorni decorrendo, non dalla esazione delle somme singole, ma piuttosto dalla esazione dell'ultima somma, che aggiungendosi alle altre, viene ad ingrossare lo stock precedente e crea una certa esuberanza di danaro pei bisogni delle spese varie che l'amministra-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 494.

zione e la procedura del fallimento rende necessarie; senza però che il curatore possa soprassedere al deposito ordinatogli dall'articolo 753 ogni volta che la detta esuberanza si verifichi anche per una sola esazione.

Il Calamandrei (1) ed il Vidari (2) dicono che il deposito deve avvenire tosto, ossia appena sia stato riscosso il prezzo della cosa venduta o esatto il credito: perchè, dicono questi due illustri commercialisti, la legge dice che il danaro deve essere depositato *tosto;* e poi aggiunge che, tre giorni dopo la esazione, il curatore deve presentare al giudice delegato la prova degli eseguiti depositi: quindi, il termine di tre giorni è accordato non per fare i depositi ma per presentare le quitanze a prova d'averli fatti. Noi invece non crediamo si possa accettare questa interpretazione principalmente per due motivi dedotti dalla disposizione che si esamina:

1° la parola *tosto* usata dal legislatore ha, non quel carattere assoluto e restrittivo che i due citati autori vorrebbero accordarle, ma un carattere relativo; e, cioè, non parte dal momento dell'esazione avvenuta, perchè sia fatto *illico et immediate*, il deposito giudiziale; ma invece, come punto di partenza, accenna al momento in cui il giudice delegato abbia riconosciuta la necessità di dedurre quelle tali somme di cui parla lo stesso articolo 753; dunque il *tosto* non si riferisce alla verificatasi esazione od all'incasso, ma alla verificatasi *depositabilità* delle somme stesse; il che è ben differente dall'esazione;

2° poi, il termine di tre giorni, che il legislatore concede al curatore per presentare le prove degli eseguiti pagamenti, non avrebbe alcuna ragione d'essere quando, le somme dovendo essere depositate immediatamente, le quitanze, i documenti, le prove degli avvenuti depositi si troverebbero, pure immediatamente, nelle mani del curatore e sarebbero, immediatamente, presentabili al giudice delegato; epperò non sarebbe giustificabile la concessione dei tre dì, accordata, non si saprebbe più, a quale scopo: difatti il Bédarride (3) scrive sulla identica disposizione dell'art. 489 del Codice di commercio francese: " ce devoir (cioè quello di fare il deposito), de facultatif qu'il était est devenu obligatoire. Non seulement les syndics doivent opérer ce versement; mais ils doivent encore en justifier *dans le même délai*, en remettant au juge-commissaire une note exacte des recettes et des sommes déposées „; e questo *même délai* è appunto il termine di tre giorni che l'articolo 489 del Codice di commercio francese fissa, come il nostro articolo 753. Le prove degli eseguiti depositi, una volta presentate al giudice delegato e dopo ch'egli ne abbia presa visione e verificatane la esattezza, rimangono presso il curatore e vengono inserite fra le altre pezze giustificative dell'amministrazione da lui gerita, per essere presentate, unitamente a quelle, alla delegazione dei creditori come è prescritto dall'art. 755.

234. *Il curatore è tenuto a prestare gli interessi delle somme non ancora depositate. — Gli interessi saranno civili o commerciali?* — Non sembrando sufficienti al legislatore le ingiunzioni fatte al curatore di depositare giudizialmente il danaro e di depositarlo in un termine brevissimo, volle ancora, nello scopo di garantire, anche materialmente e positivamente, la massa da ogni diminuzione, che il curatore, il quale non abbia depositato od abbia depositato con ritardo le somme di cui parla l'art. 753, debba corrispondere egli stesso l'interesse di quelle somme non depositate per quel tempo che rimasero illegalmente nelle di lui mani.

(1) Op. cit., vol. I, pag. 287, n. 333.
(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 399, § 4581 *d.*
(3) Op. cit., vol. II, pag. 24, n. 403.

L'articolo 30 della legge inglese sul fallimento, dopo aver ordinato al sindaco il deposito delle somme che gli sono versate, stabilisce, in un modo assai singolare, e certamente più giusto di quello seguìto da pressochè tutte le altre legislazioni commerciali sul fallimento, quali sieno gli obblighi, e quale e quanta la responsabilità del curatore riguardo alla rappresentazione, a beneficio della massa, degli interessi delle somme non depositate (1). La nostra legislazione, invece, stabilisce illimitato l'obbligo che ha il curatore di corrispondere tali interessi; illimitato e senza distinzione, perchè non stabilisce se debba rispondere anche quando il deposito avvenne solo per l'impossibilità di farlo o non fu fatto per colpa d'altri. Certo che a questo caso sono applicabili i principii generali, che regolano l'esecuzione di tutte le obbligazioni; e quindi, il curatore non è obbligato *ultra possibilia;* non risponde dei casi di forza maggiore, nè di quelli imputabili ad altri, quando egli abbia fatto tutto quanto era in suo potere per adempire all'obbligo fattogli dalla legge.

L'intenzione del legislatore nel dettare il disposto dell'articolo 753, riguardo alla responsabilità del curatore, era quella di ovviare all'inconveniente, dannoso alla massa pei pericoli che traeva seco, più che pel lucro di che la massa stessa veniva privata, che il curatore nel tempo della amministrazione usasse il danaro della massa pei propri interessi, lucrando i benefizi che dall'impiego del danaro potevano aver nascimento; quindi pensò che dalla esclusione del temuto inconveniente poteva trarsi vantaggio alla massa sia depositando il danaro in un pubblico istituto di credito, sia obbligando il curatore, il quale volesse usare il danaro della massa o dimenticasse di depositarlo, a corrispondere alla massa stessa un adeguato interesse. Sicchè, la disposizione ultima dell'art. 753, assume il carattere di una sanzione civile di danno, e l'interesse che in forza di quella sanzione dev'essere pagato dal curatore assume quello di rifacimento di danni. Questa sanzione civile, apposta alla negligenza od alla capacità del curatore, si capisce come non sia affatto d'ostacolo alla applicazione delle disposizioni disciplinari e delle sanzioni penali che sono stabilite contro il curatore negligente o di mala fede (2). Intesa con queste necessarie dilucidazioni e limitazioni la disposizione dell'art. 753, rimane a vedere quale sia la natura degli interessi che devonsi corrispondere dal curarore.

La legge non lo dice affatto e la dottrina sollevò e discusse lungamente la questione; chi, sostenendo che il curatore, trattandosi di materia commerciale e di mandato in affare, che non ha riscontro di sorta nel diritto civile, come è il fallimento e la procedura che da esso deriva, doveva corrispondere gli interessi che la legge concede in ma-

(1) Legge inglese 1884, art. 30: Il sindaco verserà tutte le somme, che verrà man mano riscuotendo, in quella banca che verrà designata dalla maggioranza dei creditori in numero e valore nell'assemblea generale, e, mancando tale designazione, nella Banca d'Inghilterra qualora in qualunque epoca egli tenga a sue mani una somma eccedente le cinquanta lire sterline per più di dieci giorni, egli andrà incontro alle seguenti responsabilità:

1° pagherà interesse in ragione di venti lire sterline per cento all'anno sull'eccedenza della detta somma che avrà ritenuta a sue mani oltre le cinquanta sterline di cui sopra;

2° o, se non possa provare a convinzione della Corte, di avere avuto sufficiente motivo di ritenere tale somma, sulla domanda di qualunque creditore verrà dalla Corte rimosso dal suo ufficio, non avrà azione per rimunerazione e sarà tenuto a tutte quelle spese alle quali i creditori andassero incontro a cagione od in conseguenza della sua rimozione.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 287-288, n. 334-335; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 399, § 4581 *d*).

teria commerciale, cioè quelli del 6 p. % (1); e questi sono i più numerosi: chi, invece sostenendo che, siccome le azioni che la massa potrebbe far valere contro il curatore sarebbero azioni puramente civili, così la causa che dà vita a tali azioni dovendo essa pure essere civile, il curatore deve soltanto gli interessi legali civili, ossia del 5 p. % (2); chi, infine, fondandosi sul silenzio della legge riguardo alla qualità degli interessi da prestarsi e argomentando dall'obbligo di fare il deposito alla cassa depositi e prestiti, concluse che gli interessi dovuti dal curatore fossero quelli dati dalla cassa, ossia del 3 p. % (3): noi crediamo più fondata l'opinione che propugna la prestazione degli interessi del 6 p. % (4) anche perchè essendo proprio, secondo l'intenzione del legislatore, alla disposizione dell'art. 753 il carattere di sanzione in certo modo penale, gl'interessi fissati nella misura del 5 p. % (5), e più ancora quelli fissati al 3 p. % non presenterebbero più quel particolare aggravamento che appunto era intenzione del legislatore di sanzionare contro il curatore, negligente o in malafede, che non facesse, o ritardasse, il deposito delle somme venute a sue mani per conto della massa dei creditori. Ognuno comprende facilmente che gli interessi cominciano a decorrere in favore della massa e il fallito deve prestarli, dal momento in cui si costituisce in mora, ossia appena scaduti i tre giorni accordatigli dal legislatore per presentare al giudice delegato le prove degli avvenuti depositi; si noti poi che questa interpretazione, su cui s'accordano tutti i creditori, è un argomento validissimo a sostegno della opinione che il deposito debba farsi dal curatore non subito esatte o riscosse le somme, ma entro i tre giorni nei quali la prova dell'avvenuto deposito deve essere presentata.

235. *L'ordinanza del giudice delegato autorizza a ritirare il denaro depositato.* — L'art. 598 del cessato Codice commerciale italiano e l'art. 489 del vigente Codice di commercio francese, stabiliscono in parte ciò che è disposto dall'art. 754 dell'attuale Codice commerciale nostro; però una disposizione che ragionevolmente il legislatore del 1882 tolse da questo articolo, è quella che facoltizzava i sindaci a far pagare ai creditori, sulle somme depositate dal curatore quando ancora non era fissata la vera condizione giuridica dei creditori, su semplice mandato di pagamento, somme, secondo lo stato di ripartizione dai creditori formato: e giustamente il Borsari (6) osservava che questa disposizione generale dell'art. 598 era " mal collocata in questa sede, troncandosi ad un tratto il corso storico del processo, per affermare una regola che non avrà la sua applicazione se non dopo una serie non breve di altri atti; ..... difatti nell'articolo 682 si è dovuto fare espresso richiamo al presente art. 598, senza il quale la sua disposizione sarebbe incompleta ed inefficace „.

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 399, § 4581 *d*); CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 288, n. 333; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 494; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 141, § 1751, Paris, 1857.

(2) RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 179-180, n. 611; LAROQUE-SAYSSINEL, op. cit., vol. I, n. 589.

(3) Unitamente al RUBEN DE COUDER nel passo citato: all'ESNAULT, *Comm. de droit commercial*, vol. II, n. 346; LAROQUE-SAYSSINEL, *ibidem*.

(4) L'unico autore che a noi fu dato consultare che appoggi quest'opinione è il BOISTEL, *Précis de droit commercial*, pag. 711, art. 489, Paris, 1878. Il Calamandrei cita anche l'Alauzet al n. 2599; noi non abbiamo veduto questopasso; ma la edizione dell'Alauzet, da noi consultata, è in quattro volumi, del 1857, edita a Parigi, e non ha che 2094 paragrafi.

(5) Cfr. DALLOZ, op. e voce cit., n. 370; BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 27, n. 404; Renouard e Boistel (passi citati), combattono quest'opinione.

(6) Op. cit., vol. II, pag. 829, n. 1803. — Questa disposizione che il Borsari trova mal collocata, invece è altamente lodata ed approvata dal Boulay-Paty che la chiama " une heureuse innovation „, op. cit., vol. I, pag. 342, n. 369.

È, pertanto, sorprendente che il legislatore del 1882 sopprimendo quella disposizione, e, quindi, coi fatti mostrando ch'ei la riteneva dislocata, non abbia pur fatto cenno di ciò nei motivi e nelle lunghe trilustri discussioni fattesi per la rinnovazione della nostra legge commerciale. Ad ogni modo, l'art. 754 del Codice di commercio attuale, stabilisce soltanto che non si possa ritirare il danaro, depositato dal curatore o da altri per conto della massa, se non si è ottenuta un'ordinanza del giudice delegato.

Questa misura sancita dal legislatore, è diretta allo scopo di evitare abusi da parte di chiunque a danno della massa, e segnatamente, da parte del curatore; il quale avrebbe benissimo potuto adempire all'obbligo del deposito come gli è prescritto dall'art. 753, per evitarsi la prestazione degli interessi da quell'articolo comminata, e poi, allo scopo di procurarsi indebiti lucri impiegando in proprio vantaggio i danari della massa, ritirare quei depositi servendosene comunque. Invece per la disposizione dell'art. 754 il curatore che abbisogni, ben s'intende, per l'amministrazione e nell'interesse della massa, di somme le quali già furono depositate, dovrà rivolgersi al giudice delegato il quale emetterà ordinanza per autorizzare il depositario delle somme apagarle al curatore. La facoltà che è concessa al giudice delegato, e che si deduce dalla interpretazione dell'art. 754, figura, anche, come un correttivo a ciò che dispone l'art. 753; in questo senso, che qualora il giudice delegato non sia stato richiesto di autorizzare la trattenuta delle somme necessarie alle spese di amministrazione e di giustizia, oppure non abbia voluto concedere la detta deduzione, non ritenendo strettamente necessarie alcune spese, valendosi della disposizione di codesto art. 754 potrà sempre ordinare od autorizzare il ritiro, delle somme occorrenti, dalla cassa o da quel qualunque depositario presso cui esse si trovino. Notisi poi che l'art. 754 accorda al giudice delegato una facoltà, non un dovere; quindi non è tenuto ad accogliere le domande che gli vengano dirette allo scopo di ottenere che si ritiri del danaro depositato, come può, senza che alcuna domanda gli sia da altra parte pervenuta, egli stesso d'ufficio, di sua iniziativa, ordinare la esazione di somme, qualora siavi urgenza di ritirarle nell'interesse della massa e pella conservazione del patrimonio del fallimento; e ciò per i poteri accordatigli dall'art. 727 alinea secondo.

Osserviamo poi, che l'articolo in esame parla del danaro depositato dal curatore e *da altri* per conto della massa. Senza dubbio riesce difficile il farsi un'idea chiara di chi sieno codesti *altri* che vogliano depositare danaro per conto della massa: evidentemente codeste benemerite persone che s'incaricano di aumentare l'attivo del fallimento, possono essere, tutt'al più, i debitori del fallito, oppure anche suoi parenti che, non volendo lasciare il fallito colla macchia di un fallimento chiusosi con un ridicolo risarcimento ai creditori, intervengano spontaneamente a mettere a disposizione dei creditori somme di danaro. Ma se sono debitori del fallito non possono depositare in nome proprio per conto della fallita; perchè invece essi debbono pagare il loro debito a mani dell'amministrazione e quindi del curatore, per ottenere la loro liberazione; e quindi allora il deposito avviene per mezzo del curatore e non per mezzo d'*altri;* sicchè devesi concludere che queste persone che il legislatore ha supposto vogliano ingrossare l'attivo del fallimento, non potendo essere debitori del fallito, devono intervenire in nome e conto proprio per spontanea liberalità in favore dei creditori; ma depositando quelle somme che il legislatore benevolo augura ai creditori del fallito, devono dichiarare di depositarle *per conto ed a vantaggio* della massa; e devono dichiararlo espressamente, intestando il deposito al fallimento, per rendere applicabile la disposizione di codesto art. 754: altrimenti il danaro sarà sempre suscettibile di essere

ritirato senza bisogno dell'ordinanza del giudice delegato (1). L'ordinanza poi, per l'espresso disposto dell'art. 910, non è soggetta a richiamo; diventa quindi esecutiva ed efficace appena sia stata emanata.

236. *La rivocazione dei sequestri eventualmente esistenti chiesta dal curatore.* — Un'influenza dell'articolo 598 del Codice di commercio del 1865 alla quale il legislatore del 1882 non seppe sottrarsi, è quella che ha sancito, nell'art. 754, la disposizione che obbliga il curatore ad ottenere la rivocazione dei sequestri che vi fossero sulle somme depositate e da ritirarsi. Veramente, la disposizione dell'art. 754 non dice proprio così, nè parla da quali cose e per quale causa debbasi far togliere il sequestro; ma non v'ha dubbio che il legislatore volle alludere al sequestro posto sulle somme depositate e che, fosse necessario ritirare per qualche bisogno della massa dei creditori. Se non che, l'esistenza di un sequestro sulle somme di danaro che rappresentano l'attivo del fallimento da quali persone può essere richiesto? È, per principio generale, il solo creditore, comunque possa essergli attribuito questo titolo di fronte alla persona su' cui beni si chiede il sequestro, che può ottenerlo; e il Codice civile (art. 1835-36 e 1869 a 1877) e il Codice di procedura civile (art. 921 a 937) regolando la materia del sequestro, giudiziale, convenzionale e conservativo, richiedono sempre la qualità di *creditore*, nella persona che domanda il sequestro. Ora, quando è aperto il fallimento i creditori del fallito non hanno azioni e diritti singoli contro il fallito, e quindi possono solo agire contro lui come massa e solidalmente e non *uti singuli;* e, più specialmente quando la procedura del fallimento è già sì innoltrata che si possa far luogo all'applicazione dell'art. 754, non può alcun creditore del fallito domandare ed ottenere, agendo in conto proprio e contro quindi, l'interesse della massa, alcun sequestro. Nè è a parlarsi di sequestro chiesto da un creditore particolare, di un creditore partecipante alla massa; perchè questo non potrebbe venire accordato, anche se chiesto, neppure giudizialmente, per la opposizione, da accogliersi, che il curatore deve fare in simile caso come atto conservativo ed amministrativo inerente al suo ufficio. Dippiù, l'unica specie di sequestro che si può concepire, noi diciamo *ad absurdum*, inietto sulle somme appartenenti alla massa dopo che queste furono depositate, è il sequestro giudiziale, giacchè al convenzionale non si può far luogo sia che si consideri il fallito, il quale non può più validamente contrattare, per quanto riguarda la sua sostanza caduta in fallimento, sia che si consideri un creditore ammesso o non all'attivo, che quantunque possa convenire il sequestro sulle cose sue, non potrà autorizzarlo che sulla quota di beni di fallimento, che gli saranno assegnati all'ora della ripartizione dell'attivo fra i creditori, e quindi non mai sulle somme che sono ancora indivise. Di più è incomprensibile, come già avvertiva il Borsari (2), un sequestro generale lanciato sulla massa e su tutte le somme da pagarsi, e lanciato sì che non siasi potuto dal curatore, o dai sindaci prima dell'attuale legislazione, allontanare. E notisi anche che davanti all'ablativo assoluto della legge, dovendosi pur supporre che un sequestro esista, e sia stato, quindi, steso sulle somme depositate, questo sequestro, non potendo assolutamente essere chiesto ed ottenuto da altri che da un creditore del fallito, non si sa più come possa ordinarsi o concedersi, quando, per la posizione in cui si trova l'art. 754, il credito stesso non può ancora essere stato verificato o riconosciuto, o accettato sia in qualità che in quantità (3). Così si vede che questa incriminata dispo-

(1) Il Calamandrei e il Vidari non trovano nulla che sia rimarchevole nella disposizione esaminata.

(2) Op. cit., vol. II, pag. 829, § 1803.

(3) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 400, § 4582.

sizione dell'art. 754, che poteva essere giustificata per il Codice del 1865 come un prolungamento di quell'*anacronismo* nel processo della fallita esaminato nel precedente numero 235, non lo può più essere dopo che il legislatore del 1882 soppresse, come si vide, per intero quel comma dell'art. 598.

Per ottenere la rivocazione di questo famoso sequestro, il curatore dovrà agire in conformità di ciò che prescrive la legge di procedura civile. E, cioè, prestando, per l'ammontare della somma sequestrata, idonea cauzione (art. 934 Cod. proc. civile); senza pregiudizio per la perfetta applicabilità dell'art. 935, stesso Codice di procedura civile, qualora il sequestro assuma carattere di temerarietà, ossia nel caso in cui il sequestro sia stato ingiustamente chiesto. Dalla applicazione necessaria dell'art. 934 del Codice di procedura civile, per ottenere la rivocazione del sequestro per avventura gravante sulle somme depositate, come dall'art. 754 Codice di commercio, nasce un'altra difficoltà, che riguarda il come il curatore potrà prestare la cauzione che quell'articolo di procedura richiede; ossia come potrà avere la cauzione idonea per il valore delle cose sequestrate. Giacchè tale cauzione dovrà anzitutto essere consentita dal giudice delegato, se non pure dallo stesso tribunale, sentita la delegazione dei creditori; e poi non si sa quali oggetti potranno essere dati in cauzione; non essendovi possibilità di cauzione all'infuori della dazione in pegno di merci della fallita, o di prestazione mediante somma di danaro, dovendosi escludere qualsiasi forma di fideiussione, che sarebbe inaccettabile e irreperibile nel caso di fallimento. Ora, se si esclude pure la possibilità della dazione in pegno, anche perchè il creditore sequestrante non può aver interesse ad accettarla, non pare possibile, che il curatore, che abbia una somma di danaro corrispondente, come cauzione, alla somma che è gravata di sequestro, possa aver duopo di chiedere la rivocazione del sequestro al solo scopo di poter ritirare le somme depositate, o parte di quelle potendo egli, come dispone l'art. 753, farsi autorizzare dal giudice delegato ad adoperare quel danaro che gli occorre, prelevandolo sulle somme che per conto del fallimento, si trovano attualmente a mani sue.

Art. 755.

Il curatore deve presentare alla fine d'ogni mese alla delegazione dei creditori un prospetto sommario della sua amministrazione, e l'elenco degli eseguiti depositi, coi documenti giustificativi. Se le circostanze del fallimento lo richiedano, il giudice delegato può prolungare il periodo suddetto sino a tre mesi.

Art. 756.

In ogni fallimento, il curatore deve presentare, entro quindici giorni dall'assunto ufficio, al giudice delegato una succinta esposizione delle principali cause e circostanze del fallimento e dei caratteri che presenta, ed un conto sommario dello stato apparente della massa.

Il giudice delegato deve sorvegliare l'adempimento di questo obbligo, e trasmettere immediatamente, colle sue osservazioni, al procuratore del Re l'esposizione ed il conto del curatore. Se questi non sono

presentati nel termine sopra stabilito, il giudice delegato deve darne avviso al procuratore del Re, indicandogli le cagioni del ritardo e costringere il curatore, anche con pene pecuniarie, a presentarli nel più breve termine possibile.

Sommario.

237. *La delegazione dei creditori esamina mensilmente la gestione del curatore, sul prospetto sommario che questi le presenta.*
238. *Il giudice delegato può concedere anche un periodo trimestrale. — Il curatore può presentare il prospetto in un termine più breve del mese?*
239. *Il curatore è tenuto a presentare, entro quindici giorni dall'assunzione dell'ufficio, al giudice delegato una succinta relazione sul fallimento. — Carattere di tale relazione.*
240. *Il giudice delegato sorveglia l'adempimento di quest'obbligo.*
241. *La relazione e il conto del fallimento presentati dal curatore, vengono trasmessi al procuratore del Re. — Le osservazioni del giudice delegato.*
242. *Il procuratore del Re è avvisato dal giudice delegato del ritardo nella presentazione della relazione e delle cause per cui il ritardo si avvera.*
243. *Il giudice delegato può costringere, anche con pene pecuniarie, il curatore a presentare la sua relazione ed il conto nel termine più breve. — Fissazione di questo termine. — Carattere delle pene pecuniarie.*

237. *La delegazione dei creditori esamina mensilmente la gestione del curatore, sul prospetto sommario che questi le presenta.* — Esaminando, come si fa, man mano le varie disposizioni della legge commerciale, per ciò che riguarda la procedura del fallimento, si rimane colpiti dalla mancanza assoluta di un nesso logico tra le varie parti che vengono succedendosi sotto la progressiva cifra della legge codificata (1). La compilazione della legge assume, in simil guisa, uno spiccato carattere di frammentarietà, di dislocamento che affetta le singole parti, di saltuarietà, che tolgono in tutto, al complesso organismo della procedura pei fallimenti, quella limpidezza e quella solidità e precisione che sarebbero necessarie a rendere più facile e più proficua agli interessi della massa dei creditori, la definizione delle loro ragioni di credito e delle condizioni finanziarie del fallito. Pare quasi che il legislatore abbia posto ogni suo studio nell'apparire e nell'essere confuso ed abboracciatore, e che, al pari della Natura, " *Se obducere et abscondere amet* ".

Così è che in questo Capo III del II Titolo del Libro III del Codice di commercio sotto la qualificazione di *funzioni relative all'amministrazione del fallimento*, troviamo affastellate le più diverse disposizioni; stabilite particolari sanzioni per fatti ed atti che solo molto più tardi ed in altre fasi della procedura si verificheranno; ordinati rimedi che non possono trovare mai applicazione, perchè i fatti a cui si riferiscono, non avranno mai esito; sancite norme che devono regolare bisogne di così difficile avveramento che le norme stesse ne rimangono irrite: e così, dopo aver qua e là parlato, quando se ne presentava il destro, delle funzioni generiche del curatore definitivo, di quelle particolari del curatore provvisorio, dei diritti della delegazione dei creditori e dei doveri del giudice delegato; dopo aver mostrato quali obblighi abbia il curatore nei momenti dell'amministrazione

(1) Nella seduta della Camera dei Deputati delli 3 e 4 giugno 1891, discutendosi il Bilancio del Dicastero di Grazia e giustizia, parecchi deputati chiamarono l'attenzione del ministro sulla necessità urgente di un rifacimento *ab imis* del Codice di commercio sulla materia *Del fallimento*; necessità che lo stesso ministro (on. Ferraris) riconobbe.

più prossimi alla verificazione dei crediti, quindi al momento della vera e giuridica instaurazione della amministrazione e formazione della massa dei creditori; ci riporta d'un tratto ai primi momenti dell'assunzione dell'ufficio da parte del curatore, e all'adempimento di alcune speciali disposizioni che la loro ragione hanno solo nella necessità di ricercare e stabilire quale carattere, di fronte alla legge penale possa assumere il fallimento; ci riporta, insomma, dall'art. 794, che segna uno degli atti più importanti della volontà dei creditori già riconosciuti ed ammessi all'attivo, all'articolo 694, che apre al procuratore del Re la ingerenza nella procedura del fallimento.

Ma, per non soffermarci più a lungo in inutili considerazioni su questo salto gigantesco di cento articoli, esaminiamo quello che il legislatore dispone nell'art. 755. Già conosciamo quello che stabilisce l'art. 713, circa la delegazione dei creditori, e quello che l'art. 720 concede tanto alla delegazione, come corpo organico dell'amministrazione, quanto ai singoli membri di essa, ed al presidente, quale rappresentante della delegazione. Ora, quello che è sancito dall'articolo 755 è in istretta relazione coi due articoli ricordati; perchè è questo il primo atto di vera sorveglianza, è questo il primo momento di ispezione e di sindacamento negli atti dell'amministrazione che alla delegazione sia dato di fare. Al curatore è fatto obbligo, dall'articolo 755, di presentare mensilmente, alla delegazione dei creditori, un prospetto sommario della sua amministrazione e l'elenco degli eseguiti depositi, coi documenti giustificativi. Quest'obbligo è fatto, tanto al curatore provvisorio, che al curatore definitivo, e dura per tutta la gestione. Il prospetto è costituito dalla esposizione di tutte le operazioni, sia di esazione che di pagamento; degli atti fatti per conservare la massa patrimoniale ed i diritti che le sono inerenti; di quelli fatti per assicurare alla massa crediti o particolari diritti: e di più deve portare anche lo stato dell'attivo e del passivo, quali vengono man mano apparendo nel procedere della amministrazione: inoltre, pei depositi che vengono fatti a mente degli articoli 742 e 753, e sui quali deve il curatore ritirare la ricevuta, la legge esige che mensilmente egli ne faccia un elenco e lo presenti pure alla delegazione dei creditori, accompagnandovi le relative ricevute, quali documenti giustificativi degli avvenuti versamenti. L'art. 679 del Codice di commercio italiano 1865 e l'articolo 566 dell'attual Codice di commercio francese giustificano l'obbligo, fatto ai sindaci, della presentazione del prospetto mensile colla ripartizione, fra i creditori, dell'attivo in beni mobili, dedotte le spese di giustizia e di amministrazione del fallimento; ripartizione questa che, quando era fattibile, veniva ordinata dal giudice delegato; per ciò la disposizione, che in questi due Codici è analoga a quella dell'art. 755 del Codice di commercio italiano vigente, era collocata nel caso della ripartizione fra i creditori e della liquidazione dei beni mobili. Pel Codice di commercio neerlandese è al giudice delegato, e su costui domanda, che i curatori presentano mensilmente, o tutte le volte che il giudice lo esiga, il prospetto ed il conto della amministrazione (articoli 811 e 812); come è il giudice delegato che ordina il parziale o totale versamento, nella cassa dei depositi, dei danari, del fallimento che vengono a mani dei curatori. Il legislatore italiano del 1882 spogliò la disposizione dell'art. 755 dello scopo che aveva nelle altre legislazioni commerciali e, seguendo il criterio stabilito negli articoli 713 e 726 per la delegazione dei creditori, volle che fosse questa ad esaminare e sorvegliare l'andamento dell'amministrazione. Dall'esame, che la delegazione dei creditori fa sul prospetto mensile, e dalla visione che prende dei documenti giustificativi dei fatti depositi, assume dessa il criterio della diligenza, oculatezza, fedeltà del curatore, e di quale sia veramente la condizione economica del fallimento. Il curatore, poi, ha

adempito ugualmente al suo còmpito pel solo fatto della presentazione mensile del prospetto sommario; e, se anche la delegazione non ne prenda visione e non lo esamini, lo stato colà esposto forma la base della successiva amministrazione e della presentazione nel seguente mese della nuova sommaria esposizione (1); la delegazione dei creditori non potrà poi imputare ad altri che a se stessa, senza pregiudizio dimi-e nuzione, però, della responsabilità del curatore, i danni che da quella mancata sorveglianza potessero aver origine.

238. *Il giudice delegato può concedere anche un periodo trimestrale. — Il curatore può presentare il prospetto in un termine più breve di un mese?* — Nella previsione che, per la entità del fallimento o per le speciali circostanze in cui se ne svolge la procedura o per le condizioni del fallimento, il curatore non potesse presentare in un mese il voluto prospetto, può far domanda al giudice delegato che il termine sia prolungato; e il giudice delegato ha facoltà di concedere un termine nuovo non maggiore di tre mesi. La ordinanza in questo caso non è soggetta a richiamo. Ora si domanda, senza parlare di quali sieno particolarmente quelle circostanze speciali a cui allude l'articolo 755, se il giudice dovrà computare nel termine di tre mesi, anche il mese che la legge ha diggià tassativamente fissato; se questo prolungamento possa essere concesso abitualmente, in modo, cioè, che al periodo mensile si sostituisca il periodo trimestrale. Indubbiamente, quanto alla prima domanda, il legislatore usando le parole " il giudice delegato può prolungare il periodo suddetto sino a tre mesi „, intese che in quei tre mesi fosse compreso anche il mese che forma appunto " il periodo suddetto „; sicchè, la facoltà concessa al giudice delegato non concede, effettivamente, che due mesi al massimo. Quanto alla seconda domanda, il legislatore non ha inteso fissare alcun limite al giudice delegato nell'uso della facoltà accordatagli; se, quindi, le circostanze del fallimento siano tali che la necessità del periodo più lungo si presenti una volta sola, ad esempio, la prima volta che il prospetto deve essere presentato, la concessione sarà data per quella sola volta; laddove, se le circostanze del fallimento richiedano veramente, per la presentazione del sommario prospetto, periodi maggiori di un mese, il curatore potrà domandare e il giudice delegato concedere quel maggior periodo che venga ritenuto necessario, entro il limite di tre mesi, alla regolare presentazione di detto sommario prospetto. Crediamo ancora che, se dalle circostanze del fallimento risulti la necessità di questo maggior periodo normale, non occorra la ordinanza del giudice delegato di volta in volta che il prolungamento ultramensile deve accordarsi; nè può ritenersi non conforme alla legge che possa il giudice delegato fissare da bel principio, in una prima ed unica ordinanza, quel periodo maggiore di un mese ed entro il trimestre, che si possa reputare normalmente necessario alla presentazione del prospetto sommario: perchè l'art. 735, oltre la fissazione del termine massimo di prolungamento, non si preoccupa del come, del quando e del quanto possa essere usata quella facoltà.

Il curatore, dunque, è normalmente tenuto alla presentazione mensile del prospetto sommario e dell'elenco dei depositi eseguiti; ora, il termine di un mese è un termine così tassativamente fissato, così assoluto, che non ammetta, d'arbitrio del curatore, nè diminuzione nè prolungamenti, oppure è un termine normale massimo che quindi può essere diminuito dal curatore? li spieghiamo meglio; può il curatore presentare il prospetto sommario e l'elenco in un ter-

(1) VIDARI, " Della delegazione dei creditori „, *Il Cod. di comm.*, 1883, vol. I, pag. 420 o 423.

mine più breve di un mese? (1). L'art. 755 sembra esplicito su questo riguardo; giacchè parla della fine d'ogni mese, epperò non può ammettere un periodo più breve, avendo il termine la scadenza precisata nel finire del mese, e così si esclude questa prova di maggior diligenza da parte del curatore. Da questo deriva che il curatore provvisorio — perchè il periodo mensile si conta dall'entrata in ufficio, e dalla fine mese senza che siasi compiuto il termine di trenta giorni — *può* essere tenuto a presentare il prospetto sommario, mentre il curatore definitivo *è* sempre tenuto a ciò: se il curatore provvisorio entra in ufficio sulla metà del mese dovrà presentare, oltre che quella relazione di cui parla l'art. 756, anche il prospetto e l'elenco dell'art. 755; mentre se è entrato sul principio del mese e non giunge colla sua interinale amministrazione alla fine del mese, non è tenuto ad uniformarsi all'articolo in esame. Da questo deriva, che la sorveglianza esercitata dalla delegazione, quando esista — perchè convien ricordare che la delegazione dei creditori non esiste, di solito, contemporaneamente al curatore provvisorio — non sarà, riguardo al curatore provvisorio, così completa come lo è riguardo al curatore definitivo. Avvertasi da ultimo che, mancando la delegazione o questa non funzionando, il curatore non è esente per ciò dalla presentazione del prospetto e dell'elenco; soltanto, in luogo di presentarlo alla delegazione lo presenterà al giudice delegato; il quale, abbiam veduto come venga sostituito alla delegazione negli uffici a questa proprî, ogni volta che essa o non esista o non funzioni.

239. *Il curatore è tenuto a presentare entro quindici giorni dalla assunzione dell'ufficio, al giudice delegato, una succinta relazione del fallimento. — Carattere della relazione.* — L'articolo 590 del cessato Codice di commercio italiano e l'art. 482 del vigente Codice di commercio francese, sono assai più perfetti nella loro redazione di quello che lo sia codesto articolo 756, che prendiamo ora ad esaminare. Seguitando nella specificazione degli obblighi del curatore, dice questo articolo che, in ogni fallimento, il curatore deve presentare una succinta esposizione sul fallimento entro quindici giorni dall'assunto ufficio. Ora, per non sollevare riguardo alle parole " in ogni fallimento „ quelle osservazioni critiche che vi appioppò il Calamandrei (2), noi vediamo che l'articolo 756, a differenza degli articoli citati del Codice italiano 1865 e del vigente Codice francese, parla del curatore senza definire se si tratti del curatore provvisorio o del curatore definitivo, ingenerando, così con la imprecisione dell'espressione, dispute che non si sollevavano nella dottrina e giurisprudenza francese intorno all'art. 488 del Codice Napoleone, che parlava dell'obbligo per tutti, agenti, sindaci definitivi e provvisori, alla assunzione dell'ufficio di amministratori della massa (3); e notisi poi che, invece, intorno alla disposizione abbastanza esplicita dell'art. 482 del Cod. francese, si discute se sieno obbligati alla presentazione della succinta relazione i soli sindaci definitivi nuovamente eletti, od anche i sindaci provvisori, poi che furono nell'ufficio confermati (4). Il Calamandrei (5) deduce dalla imprecisa dizione dell'art. 756, che è il solo curatore definitivo che deve presentare la relazione; però il Calamandrei non dà buone ragioni a sostegno di questa sua tesi, e conclude dicendo che " del resto, il curatore provvisorio non avrà,

(1) La Camera di commercio di Venezia proponeva che il giudice delegato avesse anche facoltà di abbreviare convenientemente il termine.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 290-291, n. 338.

(3) Cfr. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 476 e seguenti; BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 388-389, n. 349-350; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 132, § 1743; DALLOZ, op. e voce cit., n. 467.

(4) Gli autori citati, *ibidem* ed ESNAULT, op. cit., n. 331.

(5) Op. cit., vol. I, pag. 291, n. 339.

nella maggior parte dei casi, nè il tempo, nè gli elementi necessari per fare come si conviene l'esposizione e il conto „; e il commercialista italiano nega poi ogni utilità della presentazione di due esposizioni e di due conti sommari, uno del curatore definitivo e l'altro del curatore provvisorio. Il Dalloz (1), invece, sostiene che, sia i sindaci provvisori, che i definitivi, devono presentare nella quindicina la loro relazione; ed a proposito della utilità di questo duplicato scrive: " On conçoit, du reste, que ce double rapport peut être d'une grande utilité, puisqu'il y a intérêt à ce que ceux qui sont chargés de gérer la faillite portant à la connaissance du ministère publique le résultat moral de leurs investigations, et que d'un autre côté, il y a souvent lieu de combler les lacunes que peut contenir un premier mémoire redigé avant que la position du failli fût parfaitement explorée „.

Noi vediamo che l'articolo 756 del Codice italiano non esclude per null'affatto l'obbligo della relazione e del conto per il curatore provvisorio. Ivi si parla di curatore; nè il legislatore italiano ci ha abituato ad altro se non ad una designazione precisa dell'ufficio particolare che intendeva assegnare al curatore definitivo meglio che al provvisorio, o viceversa, come ha fatto negli articoli 740 e 748: mentre, quando non volle codesta distinzione di funzioni parlò sempre genericamente di curatore; quindi vale per l'articolo 756 questo criterio generico del quale si deduce che, tanto il curatore provvisorio che il definitivo, devono uniformarsi a ciò che in questo articolo si dispone. Nè vale il dire che raramente il curatore provvisorio rimarrà, come tale, in ufficio per quindici giorni; perchè codesta obbiezione oltre che essere nulla davanti al caso, non infrequente, in cui il curatore provvisorio rimanga in ufficio ben più di quindici giorni, manca di base anche perchè il legislatore non ha fissato il termine quindicinale come termine massimo; sicchè, l'espressione, " entro quindici giorni „, vuol dire che il curatore può anche prima, non mai dopo, dei quindici giorni presentare il conto e la relazione. Di più la disposizione dell'articolo 756 è in istretta relazione con l'art. 694 e con tutti quegli altri articoli che regolano la ingerenza dell'autorità giudiziaria penale nel fallimento; perciò necessita, per la instaurazione del procedimento penale, se ne sia del caso, e, ad ogni modo, per definire la qualità giuridica penale del fallimento, che siano presentati nel più breve tempo possibile, certo non oltre i termini che la legge ha stabilito, al procuratore del Re, od al giudice d'istruzione, secondo è volta a volta dalla legge fissato, tutti quegli elementi a tale scopo richiesti. Ond'è, che noi non ci peritiamo di sostenere che anche il curatore provvisorio deve presentare, entro quindici giorni dall'assunzione del suo ufficio, la succinta esposizione e il conto di cui parlasi all'articolo 756; certo, poi, che non essendo obbligato il curatore a presentarli in un termine più breve di 15 giorni, se il curatore provvisorio verrà sostituito dal definitivo prima che decorrano quindici giorni dall'assunzione dell'ufficio, l'articolo 756 cessa dall'essere applicabile al curatore provvisorio.

La relazione, o, come dice il legislatore, la succinta esposizione, che il curatore deve presentare entro quindici giorni dall'assunto ufficio, deve riferirsi alle principali cause e circostanze del fallimento ed ai caratteri che esso presenta; deve cioè essere il *parere* del curatore, il quale, per i suoi contatti col fallito, coll'obbligo che ha di assumere personalmente e da chiunque notizie che riguardino il fallimento, mediante il maneggio degli affari del fallito e la ge-

(1) Op. e voce cit., n. 467 — invece il RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 479-80; il BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 389, n. 351 e segg., ritengono inutile la doppia relazione e la adattano ai soli sindaci definitivi.

stione della di lui azienda, è in caso, meglio di qualsiasi altra persona facente parte dell'amministrazione del fallimento, di rilevare quale colpa può avere nel disastro il fallito; quali mezzi abbia usati per far fronte alle prime avvisaglie della catastrofe; se abbia messo in opera frodi od abusi; se l'amministrazione precedente del negoziante fosse disordinata e, quindi, idonea a produrre sbilanci tra attivo e passivo; insomma a stabilire quanto di colpa e quanto di dolo vi abbia il fallito e quanto debbasi imputare a disgrazia. È, quindi, una specie di delibazione estragiudiziale che il legislatore ha voluto ottenere da chi negli interessi patrimoniali rappresenta, entro certi limiti, i creditori; ed il curatore è liberissimo di esporre i propri apprezzamenti intorno al fallimento, accompagnandoli anche da tutti quegli elementi di fatto, di tutte quelle prove, su cui egli li ha fondati.

Inoltre deve presentare il curatore un conto sommario dello stato apparente della massa; ossia della condizione economica dell'azienda della fallita in quei primi momenti che susseguono e la cessazione dei pagamenti e la effettiva dichiarazione di fallimento.

240. *Il giudice delegato sorveglia l'adempimento di quest'obbligo.* — La disposizione con cui incomincia il capoverso dell'art. 756, che fa al giudice delegato l'obbligo di sorvegliare il curatore perchè presenti nel termine voluto la relazione ed il conto, non sembra conforme al còmpito che l'art. 713 assegnava al giudice delegato, nell'amministrazione del fallimento: come non è conforme a quello che, sull'ufficio del giudice delegato, dice l'articolo 727. È mansione del giudice delegato il dirigere e sollecitare tutte le operazioni del fallimento; mentre la mansione della sorveglianza su queste operazioni è propria della delegazione dei creditori. Ma, evidentemente, codesto ufficio di sorveglianza che l'art. 756, capoverso, addossa al giudice delegato, ha la sua origine nel fatto, che non sempre, all'ora della presentazione del conto e della relazione sul fallimento, esiste la delegazione: ed in questo caso l'ufficio di quella viene assorbito e disimpegnato dal giudice delegato; notisi che questa interpretazione offre un altro e solidissimo argomento alla nostra tesi contro il Calamandrei per ciò che riguarda il curatore provvisorio.

La sorveglianza del giudice delegato ha, inoltre, una seconda ragione; ed è, che immediatamente dopo la presentazione da parte del curatore, secondo impone l'articolo in esame, si istituisce un rapporto tra giudice delegato e procuratore del Re, avente per motivo quella relazione e quel conto; epperò il legislatore volle che anche durante la confezione di quei documenti la persona, che poi doveva avervi sì gran parte, vi avesse una certa ingerenza; questa ingerenza è la sorveglianza che il giudice delegato deve esercitare sul curatore.

Gli effetti e lo scopo di tale sorveglianza vanno poi intesi nel senso, che il giudice delegato non debba esercitare un'influenza sul curatore, in modo da ottenebrare e falsare quella libertà di apprezzamenti che al curatore è concessa; ma piuttosto, per dirigere ed affrettare l'adempimento stesso dell'obbligo; affinchè il curatore debba puntualmente, nel termine prefisso, compilare sia il conto sommario che la succinta esposizione, e poi presentarglieli. Il giudice delegato potrà fornire al curatore quegli schiarimenti che questi potesse chiedergli; senza però essere obbligato ad accogliere le domande che il curatore su questo proposito potesse rivolgergli.

241. *La relazione ed il conto del fallimento presentati dal curatore vengono trasmessi al procuratore del Re. — Le osservazioni del giudice delegato.* — Il curatore, quando abbia stesa la succinta esposizione e compilato il conto sommario, è

tenuto, nel termine quindicinale, a presentarli ambidue al giudice delegato; e nessuna scusa può esimerlo da codesta presentazione, per quanto questi documenti vengano poi in definitiva consegnati al procuratore del Re. L'art. 482 del Codice francese di commercio, stabilisce pel giudice delegato lo stesso obbligo; e similmente l'art. 756 dell'attuale Codice di commercio italiano vuole che la trasmissione al procuratore del Re sia fatta immediatamente.

Se non che, intorno a questa immediata trasmissione è a farsi una considerazione; considerazione già fatta molte altre volte, pure a proposito dello stesso brevissimo termine, che è incluso nel criterio della parola *immediatamente*. Va, quindi, inteso *cum grano salis* e relativamente, questo obbligo fatto al giudice delegato; in quanto che nel contesto dell'articolo e capoverso in esame, si riscontra un disposto che tronca ogni possibilità di immediata consegna di tali documenti al procuratore del Re. Giacchè, intesa in senso assoluto la consegna dei documenti verrebbe fatta *immediatamente* dal giudice delegato al procuratore del Re, qualora il giudice delegato, appena ricevuto dal curatore il conto sommario e la esposizione succinta, non avesse altro obbligo che quello della consegna: invece il giudice delegato può apporre a quei documenti, osservazioni od aggiunte quante a lui sembri opportuno farne, e, quindi, il tempo che occorre per disimpegnare questa bisogna, sposta il momento da cui prende nascita l'obbligo della immediata consegna al procuratore del Re, e la parola *immediatamente* diventa relativa al tempo in cui il giudice delegato abbia fatto ai documenti, che gli sono consegnati dal curatore, quelle osservazioni che ha creduto di apporvi.

Ma quali osservazioni potrà farvi il giudice delegato? Quale estensione, riguardo al merito del fallimento ed alla condizione giuridica del fallito, potranno avere queste osservazioni?

Il Dalloz (1) annette a queste osservazioni del giudice delegato un semplice carattere di revisione, allo scopo di « stimuler le zèle des syndics »; ed è certo che questa facoltà concessa al giudice delegato, è un prolungamento di quel dovere di sorveglianza che gli fu imposto, circa l'adempimento dell'obbligo sancito al curatore dell'articolo 756 (482 Cod. comm. francese): ma, quando alla Camera francese e in seno alle commissioni che maturarono la riforma del Codice di commercio napoleonico, si trattò dell'adozione dell'attuale art. 482, pari al nostro 756, molti obbiettarono che « en s'expliquant sur le caractère et les causes de la faillite le juge compromettait son indépendance; qu'il engageait d'avance son opinion » (2). Però, queste ed altre osservazioni, tendenti ad allontanare l'ingerenza del giudice delegato dalla presentazione del conto sommario e della succinta esposizione sulle cause e circostanze del fallimento, non furono accolte, giudicandosi esagerati quei timori ed infondate quelle critiche. Sicchè, il vero carattere di quella ingerenza del giudice delegato viene eccellentemente esposto dal Renouard: « La communication du mémoire, éclaire le juge-commissaire, qui a besoin de connaître tout ce qui se rattache à la faillite; l'obbligation imposée à ce magistrat de joindre ses observations le porte à mieux examiner les faits; son avis offre plus de garanties que celui des syndics, éclaire davantage le ministère public, et sert de contrôle. En outre, le juge-commissaire, dont la surveillance spéciale se concentre sur la faillite, est mieux placé que le ministère public pour assurer et pour hâter l'exécution de cet ordre donné par la loi; ses rapports plus directs avec les syndics; son intervention quotidienne dans les décisions que le tribunal de commerce aura

(1) Op. e voce cit., n. 468.

(2) BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 390, n. 353.

à rendre sur les actes de la faillite, lui en fournissent incessantement les occasions et les moyens. Enfin, l'obligation n'incombant plus seulement sur les sindycs, mais étant partagée par le juge-commissaire, avec le quel le ministère public a des rapports de magistrat à magistrat, on n'a plus à craindre que la mesure importante d'administration à laquelle le juge-commissaire est ainsi appelé à concourir dégénère en vaine formalité; car la négligence serait desormais imputable au juge-commissaire lui-même, qui ne voudra pas encourir la responsabilité, et qui pourrait, par cet oubli de ses devoirs, s'exposer au remplacement prévu par l'article 454 „ (1) (pari all'art. 727, terzo alinea, Cod. comm. italiano).

Tuttavia non crediamo, contrariamente all'opinione del Renouard, che le osservazioni di cui parla l'art. 482 Codice francese, come l'art. 754 Codice italiano di commercio sieno obbligatorie. È una facoltà che e fatta al giudice delegato; alla quale, però, non è connesso carattere alcuno di obbligatorietà; giacchè se così non fosse converrebbe affermare la assurda ipotesi, che il curatore facesse sempre incompleti o meno esatti, sia la succinta esposizione che il conto sommario. Le osservazioni che il giudice delegato ha diritto di fare a questi due documenti hanno, più che altro, il carattere di correzioni specialmente ai dati di fatto che vennero esposti dal curatore; di aggiunte qualora paiano la esposizione e il conto meno completi; di corroborazione agli apprezzamenti espressi dal curatore, quando il giudice delegato trovi di poter consentire in quelli. Poi, per quanto sentiamo di poter dividere, parzialmente appena, la opinione del Renouard circa la responsabilità che si assumerebbe dal giudice delegato che avesse trasmessi, senza pur prenderne visione, i documenti al pubblico ministero; tuttavia riconosciamo sensatissima la proposta che il Renouard fa dell'applicazione della revoca e della sostituzione, come provvedimento disciplinare preso dal tribunale, contro il giudice delegato negligente, incurioso o meno solerte. Ad ogni modo, non accordando al disposto dell'articolo in esame alcuna obbligatorietà per il giudice delegato, devesi ritenere " que ce n'est qu'en les consultant, que le juge appréciera sainement le caractère et la porté de ce que la loi attend de lui dans cette circonstance „ (2).

242. *Il procuratore del Re è avvisato dal giudice delegato del ritardo nella presentazione della relazione e delle cause per cui il ritardo si avvera.* — Una singolare disposizione è quella contenuta pure nel capoverso dell'art. 756; riguarda l'obbligo che ha il giudice delegato di notificare al procuratore del Re il ritardo che subisce la presentazione dei documenti, la di cui redazione è imposta al curatore. Quest'obbligo non trova una vera ragione di sostenersi, all'infuori della necessità di affrettare, per il possibile procedimento penale, la raccolta di tutti quegli elementi che possono servire d'atto d'accusa contro il fallito, od a smascherare le frodi da lui perpetrate contro i propri creditori. Il giudice delegato, adunque, quando il termine quindicinale, concesso al curatore, sia trascorso senza che costui abbia presentato i documenti dell'articolo in esame, non può esimersi dall'avvisare immediatamente il procuratore del Re della non avvenuta presentazione, e delle cause per cui il curatore non potè presentarli. Oltre questo, nessun altro obbligo incombe al giudice delegato, come nessun altro diritto oltre quello d'essere avvisato, può vantare il procuratore del Re: quindi provvedimenti da prendere contro il curatore ritardatario, concessioni di un maggior termine, revocazione del

(1) RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 477-478.

(2) BÉDARRIDE, op. cit., pag. 392, n. 353.

curatore negligente, sono tutti atti che escono assolutamente dalla competenza del procuratore del Re e dalla di lui ingerenza nella procedura del fallimento: egli potrà, al più, consigliare al giudice delegato la revoca del curatore (1), senza che, però, il giudice delegato sia tenuto ad acconsentirvi. I provvedimenti che si possono prendero contro il curatore negligente, nel caso dell'art. 756, sono esclusivi del giudice delegato, nè vi hanno ingerenza il fallito o la delegazione dei creditori. Però il giudice delegato, quando trasmette al procuratore del Re la notizia del ritardo, deve partecipargli anche il termine ulteriore concesso al curatore, per la presentazione e potrà anche rendergli noto quali provvedimenti abbia inteso prendere od abbia già preso riguardo al curatore, senza però che, con questo, resti autorizzato ad intervenire il pubblico ministero, sempre, si intende quando le cause del ritardo, dipendendo dal curatore, non costituiscano fatti che si debbano perseguitare penalmente.

243. *Responsabilità penale del curatore. — Il giudice delegato può costringere anche con pene pecuniarie il curatore a presentare la sua relazione ed il conto nel termine più breve. — Fissazione di questo termine. — Carattere delle pene pecuniarie.* — Niun dubbio che il curatore debba rispondere civilmente dei danni, che il suo ritardo può arrecare alla massa. Ma che dire delle sue informazioni, esposte nella relazione succinta sul fallimento, qualora contengano apprezzamenti che tendano a falsare la figura giuridica del fallimento, ad allontanarne o ad ascrivergli un carattere doloso, un carattere di bancarotta semplice o frodolenta? Il curatore, sarà egli responsabile degli eventi dannosi che questi suoi apprezzamenti potranno causare? Vi sarà azione contro di lui, da parte di chi da quegli apprezzamenti sarà danneggiato? Qui intendiamo parlare di querela da parte del fallito che potesse essere stato su quella esposizione del curatore perseguitato sotto l'imputazione di fallimento doloso: perchè, ripetiamo, non può esservi dubbio, intorno all'obbligo del curatore del fallimento, di prestare i danni conforme all'articolo 1151 del Codice civile, qualora vi sia colpa da parte sua nell'esprimere apprezzamenti ingiuriosi pel fallito (2).

La dottrina francese, perchè l'italiana oltre che scarsa ha seguìto pedestremente i commercialisti francesi, non accoglie molto il criterio della responsabilità penale dei sindaci (il nostro curatore); e sembra pure che nel solo caso in cui l'esposizione fosse macchiata " de dol ou de faute très-grave de leur part „ (3), si ammetta la loro responsabilità civile. Il Calamandrei (4), che prende dai trattatisti francesi, e particolarmente dal Pardessus (5), la questione, propende per la responsabilità penale del curatore; giacchè, il vedere se nella esposizione succinta di lui vi sieno apprezzamenti che rivestano il carattere di calunnia, è una questione di fatto che va risolta di volta in volta, mediante l'esame spassionato e coscienzioso degli elementi che costituirebbero il reato; quindi egli scrive: " Senza dubbio i tribunali saranno indulgenti per le esagerazioni, nelle quali, trascinato da una falsa apparenza, il curatore sia caduto; ma non vi è però ragione alcuna perchè lo debbano tenere immune dalle pene minacciate contro i calunniatori, se egli ha enunciato, nella esposizione delle principali cause e circostanze del fallimento e dei caratteri che presenta, fatti talmente inesatti, talmente erronei che l'intenzione

(1) BÉDARRIDE, op. cit., vol. I, pag. 392, n. 354.
(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 292, n. 341; Cfr. DALLOZ, op. e voce cit., § 470; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 133, § 1743.
(3) ALAUZET, *ibidem*; ESNAULT, op. cit., vol. II, n. 332; DALLOZ, *ibid.*
(4) CALAMANDREI, *ibidem*.
(5) Op. cit., n. 1164, pag. 139.

dolosa di nuocere sia evidente „. Gli è, a nostro avviso, che non si può fare della semplice inesattezza od erroneità delle informazioni, esposte nella sua succinta relazione, dal curatore, alcuna colpa a costui, nè pei riguardi civili, nè pei riguardi penali, qualora non consti all'evidenza che le informazioni e gli apprezzamenti esposti non seguano una coscienziosa deduzione dai fatti che il curatore doveva esaminare ed ha esaminato; ma che piuttosto quelle argomentazioni, quelle deduzioni furono a scopo maligno forzate dal curatore stesso, e quindi gli errori e le inesattezze furono, *animo nocendi*, esposte dal curatore (1). La constatazione che il procuratore del Re, il giudice delegato, lo stesso fallito, a cui non si può negare il diritto di prendere visione del memoriale presentato dal curatore, e di proporvi quelle notizie e schiarimenti che ritenesse necessarî alla tutela del proprio interesse (2); la constatazione, ripetiamo, di errori commessi e di inesatti apprezzamenti dal curatore esposti non possono costituire elemento sufficiente di querela penale contro di lui, se non sia provato che quegli errori e quelle inesattezze, assumendo carattere calunnioso verso il fallito, hanno appunto origine dal dolo, dal malanimo del curatore; qui la colpa, che può far luogo al risarcimento civile, non trae seco assolutamente la querela penale; perchè, colpa potendovi essere per la negligenza usata dal curatore nel raccogliere le notizie, su cui espose i proprî fallaci apprezzamenti, od imprudenza nell'esporli senza prima averli ben vagliati e controllati, non v'è però ancora l'elemento intenzionale imputabile a malizia del curatore, che è il solo elemento che può dare luogo ad azione penale; mentre la querela penale, portata contro il curatore per calunnia, se ha esito sfavorevole al curatore, mette costui nella necessità di risarcire i danni ai quali su domanda del fallito fosse condannato.

Ma veniamo ad altro argomento di questo numero. Si vide che il legislatore ha preveduto il caso del ritardo nella presentazione della succinta esposizione e del conto sommario al giudice delegato; ed ha disposto che il giudice delegato avvisi di questo ritardo il procuratore del Re, al quale quei documenti dovevano essere immediatamente trasmessi. Ora il legislatore stabilisce, che il giudice delegato possa concedere al curatore un ulterior termine per presentare quei documenti; e che possa incitarlo, anche con pene pecuniarie, a presentarli in quell'ulterior termine concessogli. La ragione per cui furono sancite queste disposizioni, è quella della necessità di aver, nel più breve termine possibile, quei documenti che valgono a portar luce sulla condizione del fallimento ed a fissarne il carattere giuridico; e, quindi, le pene pecuniarie, di cui parla l'art. 756, assumono piuttosto il carattere di uno stimolo, per rendere più solerte e puntuale il curatore nel disimpegno di quest'obbligo, che di una pena da infliggersi per il mancato adempimento. Al giudice delegato, è quindi, concesso, quando il curatore non abbia presentato nel termine di quindici giorni la succinta esposizione ed il conto sommario sul fallimento, di accordare quel termine ulteriore, più breve che sia possibile al curatore perchè faccia luogo alla presentazione, minacciandogli, pel caso di nuovo ritardo, le pene pecuniarie di cui parla l'articolo 756; sicchè codeste pene non sembrano applicabili nel caso in cui si è verificato il primo ritardo, ma solo nel caso in cui il ritardo siasi ripetuto e, però, in considerazione di questo abuso che il curatore viene a compire. Si deve poi anche ritenere, che al curatore non si può negare il diritto di chiedere al giudice delegato —

(1) Cfr. Sentenza Cass. franc., 14 décemb. 1825, ricor Rebattu.

(2) Cfr. ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 132, § 1743.

e questo ha facoltà di concederlo — un prolungamento del termine quindicinale, quando riconosca essere impossibile di disimpegnare in quel termine la bisogna di cui lo grava l'art. 756; e il giudice può, senza che siasi verificato il primo ritardo, comminare nel caso di questo ritardo sul termine ulteriormente concesso quelle pene pecuniarie che gli sembreranno del caso.

Ma quale carattere hanno codeste pene? Di esse non parla l'articolo 482 del Codice di commercio francese a cui si è informato il nostro art. 756; quindi, questo disposto assume il carattere di un'innovazione introdotta dal legislatore italiano. Il concetto di *pena* porta con sè il concetto dell'applicazione non solo, ma dei mezzi e dell'autorità con cui questa pena si rende applicabile; è l'ordinamento giudiziario penale, è il potere giudiziario esecutivo che entra qui in funzione. Allora, come mai può essere concesso, così alla leggiera, al giudice delegato, cui non può essere propria una così terribile ed arbitraria autorità, il diritto di applicare una pena che, per quanto pecuniaria, è pur tuttavia una *pena*, perchè anche il Codice penale irroga *pene* pecuniarie?

Certamente questa disposizione dell'articolo 756, è destinata a rimaner lettera morta; e però una preoccupazione pratica, diremo così, non è quasi possibile averla; ma in teoria, nella dottrina del giure commerciale, è una ben differente cosa. Allora nasce subito il dubbio, si porta subito la considerazione sul carattere che può assumere, per la posizione in cui è posta, quella irrogazione di pene pecuniarie. Carattere di pena, a mente del diritto punitivo, non può esservi perchè converrebbe che il ritardo del curatore nella presentazione dei documenti, di cui parla l'art. 756, assumesse il carattere di reato, di delitto in omaggio agli aforismi giuridici che sono la base del diritto punitivo e della filosofia sua: " *nullo delicto sine poena* „ " *nullo delicto sine praevia lege poenali* „; dunque il legislatore commerciale usando il vocabolo " pene „ per nominare il provvedimento costrittivo, che il giudice delegato può irrogare contro il curatore ritardatario, non può aver inteso di stabilire un *nomen juris* di diritto penale ad uno scopo del diritto commerciale; perchè, dato pure il carattere di costrizione, che la lettera dell'art. 756 assegna alle pene pecuniarie di cui parla, gli elementi del reato mancherebbero, qualunque sia la intensità, o di contravvenzione, o di crimine o di delitto, che si voglia far assumere al ritardo del curatore. Da ciò, devesi, a parer nostro, ricavare che il legislatore, per quanto con una formula esagerata e più di diritto penale che di regola disciplinare, ha inteso sancire contro il curatore un provvedimento disciplinare, il quale ha lo stesso carattere della revoca o destituzione comminata dagli art. 720 e 744, e che ha tutta la probabilità di attuarsi mediante la ritenzione di una somma che il giudice delegato fisserà, sullo stipendio dovuto al curatore per la sua prestazione d'opera, a mente dell'articolo 722, è quindi, l'applicazione *disciplinare* di quello che comunemente dicesi *multa* e che si usa senza carattere di *pena pecuniaria* anche in private amministrazioni, per colpire la negligenza de' propri impiegati.

—

Art. 757.

Qualora il curatore cessi dall'ufficio prima che sia compiuta la liquidazione dell'attivo secondo le disposizioni del titolo IV, egli deve consegnare senza ritardo al suo successore il patrimonio e le carte del fallimento, e rendergli conto della sua amministrazione.

Se la formazione dell'inventario non è compiuta, egli deve intervenirvi per far constare della consegna di ciò che avesse ricevuto.

Il rendimento del conto non è definitivo, finchè non sia approvato dai creditori.

In caso di morte o d'interdizione del curatore, tali obblighi passano ai suoi eredi o rappresentanti.

Compiuta la liquidazione dell'attivo, i creditori sono convocati dal giudice delegato per deliberare sul rendiconto del curatore.

Alle adunanze dei creditori nelle quali si tratta del rendimento del conto, dev'essere citato il fallito.

Sommario.

244. *L'articolo* 757 *e gli articoli* 717 *a* 720. — *La consegna delle carte e del patrimonio del fallimento e il rendiconto dell'amministrazione, fatti dal curatore che esce al curatore che subentra.*
245. *L'articolo* 757 *e gli articoli* 739 e 740. — *La prosecuzione dell'inventario e il curatore cessante.*
246. *L'approvazione dei creditori e il rendimento del conto da parte del curatore cessante. — Epoca della deliberazione e della approvazione del rendiconto.*
247. *Gli eredi ed i rappresentanti del curatore defunto od interdetto, assumono gli obblighi del curatore per il rendimento di conto e la consegna delle carte e del patrimonio del fallimento.*
248. *La responsabilità del curatore dopo la sua cessazione dall'ufficio. — Rinvio, articoli* 815 e 921.
249. *La convocazione dei creditori, compiuta la liquidazione dell'attivo per deliberare sul rendiconto del curatore. — Il terzo e il quinto alinea dell'art.* 759.
250. *La citazione del fallito alle adunanze dei creditori pel rendimento del conto.*

244. *L'art.* 757 *e gli art.* 717 *a* 720. *La consegna delle carte e del patrimonio del fallimento e il rendiconto dell'amministrazione, fatti dal curatore che esce al curatore che subentra.* — Pressochè tutte le legislazioni commerciali degli Stati civili contengono, riguardo al curatore ed ai suoi obblighi come mandatario, disposizioni analoghe a quelle che il legislatore italiano del 1882 ha inserito nell'art. 757; però nessuna di queste legislazioni ha affastellato in un più miserando modo le materie più disparate; del che non può essergli data lode da alcuno. Il Codice italiano del 1865 e il Codice francese vigente, rispettivamente agli art. 642 e 650 e agli art. 529 e 537, contengono parte delle disposizioni di questo art. 757; però non hanno disposizione riguardo alla cessazione del curatore dal suo ufficio per morte o per interdizione. La legislazione più perfetta in questa materia è, non v'ha dubbio, quella instaurata dalla legge austriaca del 1869 sui fallimenti; essa alla sezione X " Della resa di conto sulla amministrazione „ dispone, in cinque ben coordinati paragrafi, tutta la materia relativa alle mutazioni di amministratori della massa ed agli obblighi reciproci e relativi alla amministrazione, che incombono ai curatori.

Nella nostra legislazione attuale dobbiamo, per rintracciare le cause di alcune disposizioni dall'art. 757, cercare qua e là, per tutti gli articoli che regolano la procedura del

fallimento, i vari istituti e le varie disposizioni a cui più o meno direttamente si riferisce l'articolo in esame.

Così, il primo comma dell'art. 757 allude contemporaneamente agli articoli dal 717 al 720, e a tutti quegli altri articoli che alla loro volta parlano di revocazione o di destituzione del curatore o della costui volontaria rinuncia all'ufficio d'amministratore della massa patrimoniale del fallimento: e poi non solo a questi particolari articoli del Codice di commercio, ma ancora a ciò che è regolato dall'art. 757 del Codice civile: senza contare poi, che tutt'intero l'art. 757 si riferisce, ed ha intimi legami con altri articoli del Codice di commercio e con molti altri del Codice civile.

Per tenerci alla relazione del primo comma dell'articolo in esame cogli articoli dal 717 al 720 inclusivamente, del Codice di commercio, è chiaro veduto come e dove tale relazione esista. L'art. 713 pone il principio che il curatore, amministrando la massa, debba intendersi perdurare, normalmente, nelle sue funzioni fino a che l'amministrazione cessa di esistere per la sopravvenuta chiusura del fallimento. Ma già prima, l'articolo 691 imponeva la nomina immediata, per la sola autorità del tribunale, di un curatore provvisorio il quale amministrasse interinalmente i beni del fallimento; fino alla nomina, cioè, di un curatore definitivo od alla sua conferma definitiva nell'ufficio (art. 717). Ecco subito il primo riferimento del primo alinea dell'art. 757 all'art. 717: se il curatore provvisorio non venga confermato nell'ufficio, e quindi un altro curatore subentri a lui, egli deve a questi rendere il conto e consegnare le carte e il patrimonio del fallimento. Poi viene l'applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo 718: ossia, nel caso in cui il curatore definitivo dopo aver accettato l'ufficio intenda rinunciarvi; e l'art. 757 primo comma si coordina e si completa coll'ultimo capoverso di quell'articolo 718, in quanto che il curatore cessante non potendo abbandonare l'amministrazione, fino a che un successore non gli sia nominato, deve a costui fare la regolare consegna del patrimonio del fallimento e del conto della tenuta amministrazione: e qui, per vero, l'art. 757, primo alinea, segna, parzialmente, una ripetizione dell'ultimo comma dell'art. 718.

L'art. 719 accorda ai creditori, quando la loro domanda proposta al giudice delegato sia appoggiata dalla maggioranza richiesta per la validità del concordato, la surrogazione del curatore attualmente in ufficio, con un curatore di loro fiducia sibbene non compreso nel ruolo degli eleggibili od interessato nel fallimento, con palese deroga al disposto degli articoli 714 e 716: ed il curatore che esce, per quanto possa goder la fiducia dei creditori, non può esimersi dall'osservanza dell'art. 757 primo comma.

Ancora il curatore può essere rivocato in ogni tempo, dal tribunale, su domanda dei creditori o d'ufficio dopo averlo sentito in Camera di consiglio (art. 720); ed anche in questo caso la persona che gli viene surrogata ha diritto alla consegna del patrimonio e delle carte del fallimento non che alla resa del conto, secondo l'art. 757. Vengono, da ultimo, tutti gli articoli che, come l'art. 728 secondo alinea e l'art. 744 ultimo capoverso, trattano della revoca e della destituzione del curatore; perchè il curatore destituito o revocato, qualunque sia la ragione per cui è preso a di lui riguardo un simile provvedimento, deve seguire le norme prescrittegli dall'art. 757 primo alinea. Le disposizioni di questo alinea riguardano tutte — e ciò è dichiarato espressamente — il curatore che cessi dall'ufficio, prima che sia compiuta la liquidazione dell'attivo, e cioè, prima che l'amministrazione cessi per la definitiva chiusura del fallimento; il che è evidente, perchè la consegna del patrimonio e delle carte del fallimento, dopo che questo è chiuso, non è più necessaria stante, appunto, la mancanza dell'amministrazione: allora il conto della gestione va

reso, come vedremo in seguito, ai creditori stessi adunati, all'uopo, dal giudice delegato, e le carte, i documenti, i libri del fallito possono, secondo i casi, venire a costui restituiti.

L'obbligo che l'art. 757, primo alinea, fa al curatore cessante, è imprescindibile e se egli " non ottemperasse a questo suo preciso dovere, il nuovo curatore (sotto pena, altrimenti, di risponderne egli) dovrebbe anche farlo eccitare a ciò dal giudice delegato, e, se pur questo non bastasse, dovrebbe adire all'uopo il tribunale mediante regolare processo „ (1). La consegna delle carte e documenti relativi al fallimento, come la consegna del patrimonio della massa, deve essere completa; cioè deve passare nelle mani del curatore subentrante tutte quelle carte e documenti pervenuti per qualsiasi ragione alle mani del precedente curatore in causa del fallimento (2). La consegna delle carte e del patrimonio ha luogo tra i due curatori; e la responsabilità del curatore precedente, per tutto ciò che riguarda gli atti da lui fatti, gli rimane intiera e completa; come pure, riguardo alle conseguenze di atti da lui fatti che vengano poi a prodursi durante l'amministrazione del curatore surrogante, la responsabilità non grava per intero sul curatore che succede, ma sarà divisa tra questi e il curatore precedente, sovratutto quando i danni che da quegli atti si produssero alla massa, siano imputabili anche in parte alla negligenza ed alla poca accortezza del curatore surrogante. Spetta a costui, poi, il diritto di richiedere, riguardo alle carte e documenti e patrimonio che gli vengono consegnati, al curatore cessante tutti quegli schiarimenti che sieno utili per entrare ben addentro nella compagine della gestione; e, quando alla detta consegna manchino documenti o carte od altro, la di cui mancanza non sia giustificata dal cessante, il curatore subentrante prima di ricevere la consegna ne renderà avvisato il giudice delegato; il quale o d'ufficio prenderà quei provvedimenti necessari necessari a costringere il curatore all'adempimento dell'obbligo suo, o farà relazione dell'accaduto al tribunale, perchè siano prese, riguardo al curatore, le misure e le cautele suggerite dal caso.

Riguardo al rendiconto, l'articolo 529, ultimo comma, del Codice di commercio francese, e l'ultimo comma dell'art. 642 del Codice italiano 1865, stabiliscono che i sindaci che non sono conservati rendano nel più breve tempo possibile ai sindaci nuovi il conto della loro amministrazione, in presenza del giudice delegato e citato il fallito; il Codice italiano vigente non parla affatto del tempo e del modo in cui il curatore cessante debba rendere il conto; il primo comma dell'art. 757 dice, però, che il conto deve essere reso al curatore subentrato: ora, siccome non si può ammettere soluzione di continuità nell'amministrazione del fallimento, e il curatore cessante non può abbandonare l'ufficio fino a che il subentrante non è già entrato in funzione, la resa del conto verrà fatta a costui nel più breve termine possibile (3). Il curatore subentrante riceve il conto dal curatore cessante, lo verifica, vede se corrisponde allo stato apparente dell'amministrazione e del patrimonio, ma nè lo approva nè può liberarne il curatore da cui lo riceve (4).

Vedremo come avvenga, e quando, questa approvazione e da chi possa essere accordata la liberazione al curatore cessante, al n. 246. Per questo riguardo è assai migliore la legge francese che vuole la consegna del conto ai sindaci subentranti sia fatta tosto in presenza del giudice delegato,

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 402-403, § 4585 *a*).

(2) Conforme Sent. Cassaz. di Parigi, 19 marzo 1879; SIREY, *Journal du Palais*, 1879, 1190.

(3) Cfr. la Sentenza della Cassazione francese piu sopra citata.

(4) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 402, § 4585 *a*)

e citato il fallito; così è reso più rapido e più sicuro lo svolgimento della procedura. Il conto dev'essere accompagnato da tutti i documenti giustificativi e deve contenere: " 1° Lo stato delle cose di cui vi è obbligo di tener conto; 2° Le partite dell'esatto; 3° Le partite dello speso; 4° I residui da esigersi e gli oggetti da recuperarsi. Esso deve terminare con un riepilogo „ (art. 920 Cod. proc. civ.) (1).

245. *L'art. 757 e gli art. 739 e 740. La prosecuzione dell'inventario e il curatore cessante.* — Si è veduto che la formazione dell'inventario, solo eccezionalmente, viene affidata al curatore provvisorio; quando, cioè, come dispone l'art. 739 il giudice delegato, potendosi l'inventario redigere in un sol giorno, abbia sospesa la apposizione dei sigilli. Invece, la regola per la compilazione dell'inventario è data dall'art. 740, il quale ne fa un esclusivo dovere al curatore definitivo quando abbia chiesto di passare alla rimozione dei sigilli. Si vede da ciò che di fronte a quanto dispone l'art. 757, al suo secondo comma, le probabilità dell'intervento alla continuazione dell'inventario per parte del curatore cessante, sono tutte per il curatore definitivo in applicazione dell'art. 740: e che il curatore provvisorio ben di rado si troverà, per la facoltà accordatagli dall'art. 739, nella condizione d'avere un successore che continui la inventariazione, al quale egli debba far constare della consegna di ciò che avesse ricevuto. Di più, la disposizione dell'art. 757 è applicabile nel solo caso in cui l'inventario non sia stato finito dal curatore cessante, prima della revoca o della rinuncia; e la ragione per cui il curatore cessante deve intervenire alla prosecuzione dell'inventario è, che non essendosi egli, come prescrive l'articolo 742, costituito depositario degli oggetti inventariati, perchè non è per anco terminato l'inventario, e pur tuttavia avendoli ricevuti in consegna man mano che i sigilli venivano tolti dagli oggetti stessi, egli ne è materialmente il depositario, e, quindi, come tale deve intervenire alla prosecuzione e chiusura del verbale d'inventario, per far constare di quegli oggetti che avesse avuti in consegna nel verbale stesso per sgravio di responsabilità del curatore subentrante (2).

246. *La approvazione dei creditori e il rendimento del conto da parte del curatore cessante. — Epoca della deliberazione e della approvazione del rendiconto.* — Quantunque il curatore cessante, per l'espressa disposizione dell'art. 757 primo alinea, sia tenuto a rendere il conto della azienda da lui condotta, al curatore che gli succede, tuttavia non gli accorda la legge facoltà alcuna di liberare il cessante curatore: il che si è già accennato nel numero 244. Chi può liberare il curatore, chi può approvare il rendiconto, sono soltanto i creditori che delibereranno su ciò in una adunanza speciale.

L'art. 642 del Codice di commercio italiano 1865, e l'art. 529 dell'attuale Codice commerciale francese, fissano il tempo in cui i sindaci cessanti devono rendere il conto ai subentranti; ma poi, negli art. 650 e 537 rispettivamente, i due Codici non parlano affatto del tempo in cui i creditori saranno convocati pel rendimento definitivo del conto, nè si parla mai di chi abbia facoltà di approvare il conto reso dai sindaci cessanti, nè dell'epoca in cui si possa fare questa approvazione. Il Borsari (3) scrive che la facoltà d'approvare il conto presentato dai sindaci cessanti è " una facoltà di ordine amministrativo lasciata ai sindaci novelli, che però sono responsabili dell'approvazione „. Il Bédarride (4) non è abbastanza esplicito su questo punto, perchè possa essergli attribuita un'opinione simile

(1) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 294, n. 342.
(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 295, n. 343.
(3) Op. cit., vol. II, pag. 894, § 1868 e *Nota* 1ª.
(4) Op. cit., vol. II, pag. 350-351, n. 727-729.

a quella del Borsari piuttosto che una contraria; però sembra propendere per la facoltà dei sindaci di approvare il conto dei loro predecessori, in contraddittorio col fallito. Se il dubbio, circa le persone che potevano approvare il conto dei sindaci cessanti, era possibile, vigente l'antica legislazione commerciale italiana, o colla attuale legislazione francese, non v'ha più dubbio colla nostra legge commerciale, la quale prescrive, appunto, che il conto, per essere definitivamente reso, dev'essere approvato dai creditori. Qui si presenta la domanda: quando i creditori saranno convocati per l'approvazione? L'art. 757, al suo penultimo capoverso, dice che " compiuta la liquidazione dell'attivo, i creditori sono convocati dal giudice delegato per deliberare sul rendimento del curatore „; sembra, quindi, che questa disposizione, che ha carattere generale, possa riferirsi anche al terzo comma dello stesso art. 757, che, appunto, dispone non essere il rendimento del conto, definitivo finchè non sia approvato dai creditori. Il Calamandrei adotta senza altro questa opinione, che può farsi scaturire dal contesto dell'art. 757: però vi aggiusta un correttivo scrivendo: " se pel rendimento del conto, fatto dal curatore che cessi dal suo ufficio prima della liquidazione, una speciale convocazione crederà opportuna il giudice delegato „ (1) potrà convocarla. Il Vidari accoglie, invece, un'opinione al tutto contraria a quella del Calamandrei; e sostiene che " il nuovo curatore deve convocare all'uopo i creditori, affinchè questi, che sono i veri interessati, vedano se tutto sia proceduto regolarmente o no: ..... è solo allora che l'assemblea dei creditori abbia regolarmente approvato il rendiconto, che questo, come libera il curatore di prima da ogni responsabilità, obbliga pure, per quello che da esso risulta, il nuovo curatore; il quale, assumendo l'ufficio suo in base a tal rendiconto, s'intenderà che l'abbia anche approvato „ (2). Per vero l'opinione dell'illustre Vidari è quella più seguìta nella pratica dei casi, abbastanza rari, in cui si faccia luogo alla surroga di un curatore rinunciante o cessante per qualsiasi ragione. A noi sembra, che appunto non si possa credere applicabile la regola generale, stabilita dall'ultimo comma dell'art. 757, perchè essa si riferisce al momento in cui sia liquidato l'attivo e si proceda alle ultime operazioni, che preludiano la definitiva chiusura del fallimento: e quindi, se si volesse rimandare a quell'epoca la approvazione del rendiconto e la liberazione del curatore cessante, a meno che l'abbandono dell'ufficio non avvenisse pochissimo tempo prima della chiusura del fallimento, si terrebbe obbligato il curatore cessante, e si renderebbe meno sicura la gestione del curatore subentrato, per un tempo troppo lungo e senza alcuna giustificazione; e ciò con manifesto pericolo dell'amministrazione stessa. Sicchè, non si può venire a conseguenza diversa di quella egregiamente segnata dal Vidari; che, cioè, debbasi fare una apposita convocazione dei creditori per l'approvazione del rendiconto presentato dal curatore cessante al curatore subentrante.

241. *Gli eredi ed i rappresentanti del curatore defunto, od interdetto, assumono, gli obblighi del curatore per il rendimento del conto e la consegna delle carte e del patrimonio del fallimento.* — La cessazione dall'ufficio, vedemmo come possa avvenire per fatti positivi dipendenti o non dipendenti dalla volontà del curatore che cessa: e di questi fatti, alcuni erano particolari all'istituto commerciale del curatore di fallimento, altri erano comuni alla sua qualità di mandatario: Tra i fatti che tolgono al mandatario di continuare nella sua gestione, il Codice di commercio, al quarto comma dell'art. 757, contempla il caso della morte del curatore e il caso della sua inter-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 295, n. 344.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 403, § 4585 *a*).

dizione. Siccome allora il curatore si trova nel caso di non poter fare assolutamente alcun atto, o di non poterne fare di validi, stante la *capitis deminutio* che lo colpisce nella interdizione, è d'uopo che altri per lui adempia a quegli atti i quali, egli vivente e capace di diritti, avrebbe dovuto fare. La legge impone l'obbligo del rendimento del conto e dell'intervento per la continuazione dell'inventario, agli eredi del curatore defunto od ai rappresentanti del curatore interdetto: nè costoro potranno esimersi da quest'obbligo imposto dalla legge commerciale; obbligo che può diventare anche diritto negli eredi e nei rappresentanti del curatore, come quello che assicura e limita la responsabilità del curatore cessato e dei suoi aventi causa, e che vale a purgare, al caso, il suo nome da qualsiasi taccia o calunnia potesse ferirlo. Il curatore interdetto non potrà più fare alcun atto d'amministrazione nel fallimento, nè potrà, quindi, essere chiamato a rendere il conto della sua gestione, non solo dopo intervenuta la sentenza d'interdizione, ma anche appena gli fu nominato un amministratore provvisionale (Codice civ., art. 335); il quale dovrà, appunto dal momento della sua nomina, rappresentare in qualsiasi atto l'interdetto (1). Riguardo agli eredi, questi potranno intervenire, e dovranno intervenire, come prescrive l'art. 757, tutte le volte in cui sarebbe stato chiamato il loro autore, se avesse cessato dall'ufficio di curatore per altra causa che la morte. La legge parla solo della qualità di eredi; quindi non tien conto della qualità che può aggiungersi pei rapporti famigliari a quella dell'erede; perciò la moglie, i figli, i nipoti, i cugini, il padre, la madre del defunto curatore, se siano eredi di lui o legittimi o testamentari, debbono uniformarsi alla prescrizione dell'art. 757 quarto comma: è però da osservare, che se questi eredi non fossero nel pieno godimento dei loro diritti civili, come se, ad esempio, fossero minorenni, allora non potranno neppur essi in persona propria adempire a quelle prescrizioni, ma ad esse sarà tenuto il tutore. La responsabilità civile, che grava sul curatore cessante, per la propria amministrazione — chè le azioni penali cessano col mancare della persona che ne sarebbe il paziente — viene a posarsi sugli eredi; nel senso che essi saranno tenuti patrimonialmente alla rifusione di quei danni, che dall'amministrazione del loro autore fossero venuti ai creditori: e pure il tutore dell'interdetto sarà tenuto, per conto del proprio rappresentato, al risarcimento di quei danni che costui, quando funzionava quale amministratore abbia causati al patrimonio del fallimento (2). Anche nel caso di morte o di interdizione del curatore, le regole che l'art. 757 stabilisce riguardo la resa del conto, la consegna delle carte e del patrimonio della fallita al curatore subentrante, e l'approvazione del rendiconto da parte dell'adunanza dei creditori, devono essere osservate dal tutore dell'interdetto o dagli eredi del defunto.

248. *La responsabilità del curatore dopo la sua cessazione dall'ufficio. — Rinvio agli articoli* 815 *e* 921. — L'approvazione del rendimento di conto del cessato curatore per parte dell'assemblea dei creditori, per quanto possa considerarsi come un diritto del curatore, conforme a ciò che stabilì una sentenza dell'appello di Genova (3), pure non riesce a sgravare il curatore dalla responsabilità che possa incombere su lui, per le maggiori notizie assunte, dai creditori o dal curatore, dopo la approvazione del conto, notizie che rendano il cessato curatore responsabile di fatti che recarono danno

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 295, n. 345.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 405, § 4587.

(3) 30 dicembre 1878, *Annali*, XIII, III, 74; e CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 295, n. 346.

alla massa dei creditori; egli è tuttavia tenuto alle conseguenze dei propri atti, senza pregiudizio dell'azione penale che fosse del caso (1). Ma, codesta responsabilità postuma soffre pure una limitazione, per ciò che riguarda gli obblighi del curatore riguardo le carte ed i documenti del fallito da ciò che dispone l'art. 921, secondo il quale, quando sieno trascorsi tre anni dalla chiusura del fallimento o dalla cessazione delle operazioni di esso, è liberato dal render conto dei libri di commercio e delle carte, che riceve nella procedura di fallimento: ed altre limitazioni si hanno riguardo alla responsabilità del curatore ed all'obbligo suo di rendere il conto nei vari articoli in cui, pure come nell'art. 815 e nell'art. 841, senza che il curatore cessi dal suo ufficio, è tenuto a rendere il conto delli precedenti periodi di amministrazione, o ai creditori o al fallito; vedremo, commentando tali articoli, quale criterio abbia in essi seguìto il legislatore.

243. *La convocazione dei creditori, compiuta la liquidazione dell'attivo, per deliberare sul rendiconto del curatore. — Il terzo e il quinto alinea dell'art.* 757. — Se la convocazione dei creditori, per l'approvazione del conto del curatore cessante, è fatta dal curatore subentrante, invece l'adunanza dei creditori per deliberare, compiuta la liquidazione dell'attivo, sul rendiconto del curatore, è convocata dal giudice delegato. La liquidazione dell'attivo, poi, s'intende compiuta, quando siano fatte tutte le operazioni di cui parla l'art. 793 del Codice di commercio; quando, cioè, siano fatti gli accertamenti e le riscossioni dei crediti e siansi venduti gli oggetti mobili ed i beni immobili, che formano la massa patrimoniale del fallimento; allora, prima di passare alla ripartizione dell'attivo stesso fra i creditori, ed alle varie operazioni indispensabili in tal caso, essendo necessario che si riconosca lo stato reale dell'amministrazione, e che si riscontri l'esattezza e l'onestà usata dal curatore nella gestione, il legislatore, giustamente, ha voluto che i creditori vengano convocati all'uopo, e nei modi prescritti dall'art. 906 per la convocazione, per verificare il conto, per contestarne le varie parti, per esaminarlo e deliberare se sia o meno regolare, e, quindi, approvarlo. Ma il legislatore, per vero, non dice, nel quinto alinea dell'articolo in esame, che i creditori sieno convocati per approvare il conto del curatore; dice, invece, che sono convocati per deliberare: il che vuol dire, appunto, che quest'adunanza dei creditori esercita un esame sulla gestione, ed è libera di approvare quel conto o di respingerlo. Le deliberazioni, qualunque sieno, prese in simili condizioni, e secondo le norme prescritte dal legislatore (articoli 907 e 908) sono, sovrane ed il curatore deve uniformarvisi; e gli effetti di quelle deliberazioni, per riguardo alla responsabilità del curatore sono gli stessi che quelli pel curatore che cessa, durante la procedura per la liquidazione dell'attivo. Davanti al giudice delegato, che presiede l'adunanza (art. 907) le parti, curatore, fallito, il quale, come vedremo, deve essere citato, e creditori discutono la intera gestione; e il verbale dell'adunanza fa constare tanto della deliberazione presa, quanto delle osservazioni fatte sul rendiconto (art. 908). Il Vidari (2) suggerisce, e giustamente a nostro vedere, che il curatore oltre il rendiconto deve presentare all'adunanza dei creditori tutti i libri, carte e documenti della fallita, che sono poi anche le pezze giustificative della sua gestione. Qui si avverta, che la legge germanica pel fallimento al § 78, impone al curatore anche la presentazione a quell'adunanza dei cre-

(1) Sentenza Cassaz. Torino, 8 febbraio 1883. Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 403, § 4585 *a*.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 405, § 4588; ciò poi è conforme al disposto dell'art. 319 del Codice di procedura civile.

ditori, delle osservazioni della delegazione dei creditori, qualora questa, esistendo ne abbia fatte; dippiù vuole che tre giorni prima, il detto conto sia depositato nella cancelleria del tribunale, perchè possano gli interessati prenderne visione, e non presentarsi impreparati all'adunanza per sollevare quelle eccezioni od opposizioni che credessero opportune. Sono poi applicabili, per la procedura e l'esame del rendimento del conto, le norme stabilite dal Codice di procedura civile in proposito; come ad esempio: l'articolo 324, per ciò che riguarda il giuramento da prestarsi da parte dello amministratore, nel caso non possa giustificare certe partite coi documenti, che, come ricevute, dovrebbero esservi uniti (1). Qualora le contestazioni insorte nell'adunanza intorno all'approvazione del conto, fossero di tal natura da non poter trovar modo di intendersi fra i contendenti, il giudice delegato, facendo di ciò risultare nel verbale, rimette le parti ad udienza fissa davanti al tribunale, quando non sia più opportuno il rimandare l'adunanza, perchè l'autorità giudiziaria provveda in ordine ai fatti contestati, sia coll'ordinare, la produzione di nuovi documenti, sia col verificare le partite contestate (2).

Qualora non succedano contestazioni, e il rendiconto del curatore sia riconosciuto conforme a verità, i creditori lo approvano e quel conto forma la base di fatto delle operazioni successive, necessarie per giungere alla chiusura del fallimento. Vedremo, parlando del concordato, come si proceda pel rendimento del conto, nel caso che il fallito abbia ottenuto il concordato coi suoi creditori: e quali norme sieno d'applicare per quel rendiconto del curatore, quando il concordato sia condizionale (3). Il rendimento del conto si deve poi fare periodicamente, annualmente, colle norme stesse richieste pel rendiconto definitivo, quando, a mente dell'art. 794, i creditori deliberino di continuare l'industria o il commercio del fallito; allora si forma una vera e propria, per quanto singolare, azienda commerciale. L'articolo 796 prescrive, appunto, che il rendiconto dell'azienda sia presentato dal curatore del fallimento almeno una volta all'anno, senza pregiudizio di una maggiore frequenza, se i creditori ritenganla opportuna.

Ora qui si mostra una differenza tra quello che dispone il terzo alinea dell'art. 757, già esaminato nel numero 246, e quello che è disposto dal quinto alinea, in esame, dello stesso articolo. Diffatti, in quel terzo alinea si parlava della approvazione del conto, la quale doveva essere la necessaria conseguenza dell'adunanza dei creditori, convocata a quello scopo; qui, invece, non è più la sola approvazione ma è la deliberazione sul rendiconto, che forma l'oggetto dell'adunanza; là il rendiconto era più nei riguardi dei due curatori, ai quali la disposizione si riferiva; qui, invece, è nei riguardi del curatore e dei creditori, dopo che la mansione del curatore stesso è giunta al termine per la liquidazione dell'attivo. Donde ricavasi che il legislatore intese, in certo modo, accordare ai creditori col quinto alinea dell'art. 757, un diritto di sindacare tutt'intera la gestione, quella del curatore per avventura anteriormente uscito di carica, come quella del curatore subentratogli; sicchè l'approvazione del conto, fatta secondo l'art. 757 terzo alinea, subisce una specie di revisione, mediante l'operazione dell'articolo 757 quinto alinea, laddove l'approvazione del conto del curatore, che corona la deliberazione dei creditori secondo questo quinto alinea, stabilisce un tale

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 295-296, n. 346.

(2) Applicando per analogia la disposizione dell'art. 841 in identica materia.

(3) Cfr. Sentenza Appello Torinese, 7 dicembre 1878 (*Giur. Tor.*, XVI, 125).

ordine di cose, in forza di cui il conto stesso, qualora nascano su di esse dubbi di omissioni, falsificazioni, irregolarità, non può essere sottoposto a revisione, che su domanda particolare e distinta, della parte che lo impugni; ciò si argomenta dal contesto dell'art. 327 del Codice di proc. civile (1).

250. *La citazione del fallito alle adunanze dei creditori pel rendimento del conto.* — L'articolo 642 del Codice italiano di commercio 1865 e l'art. 529 del Codice francese, stabiliscono che il fallito sia chiamato al rendiconto dei sindaci cessanti ai sindaci subentranti, e gli articoli 650 e 537, rispettivamente degli stessi Codici, vogliono il fallito legalmente chiamato al rendiconto definitivo, quando è compiuta la liquidazione dell'attivo. Il legislatore italiano del 1882, ha raccolto in una sola le due disposizioni, ed ha stabilito che il fallito debba essere citato alle adunanze dei creditori, nelle quali si tratta del rendiconto: sicchè, tanto nel caso del terzo, quanto in quello del quinto alinea dell'art. 757, è applicabile codesta disposizione dell'ultimo alinea dello stesso articolo. Il fallito è in grado " meglio di chicchesia..... di sindacare l'opera e il rendiconto del curatore, e di proporre, quindi, quelle modificazioni che fossero del caso..... „ (2): per ciò, anche a tutela dei suoi interessi, la discussione sul conto del curatore, che può portare all'approvazione di un rendiconto irregolare od inesatto, e dannoso agli interessi dello stesso fallito, egli è chiamato ad assistere a quell'adunanza, con pari diritto che tutti i creditori, di fare quelle osservazioni e di sollevare quelle opposizioni, ed anche, in seguito di impugnare il conto, contro il curatore e contro i creditori che lo approvarono, quando ciò creda opportuno o necessario (3). Ma la citazione del fallito, in mancanza della quale non potrebbe aver luogo una valida approvazione del rendiconto, non deve ritenersi non avvenuta se il fallito, debitamente citato, non compare; allora si applica la disposizione dell'articolo 905, per la quale si fa constare, in regolare verbale, della citazione del fallito e della costui non comparizione, e poi si prosegue nelle operazioni dell'adunanza, senza che il fallito abbia più diritto di impugnare per nullità i risultati delle deliberazioni di quella; salvo però sempre il diritto di fare quegli atti che la legge concede, quando l'impugnativa abbia cause da falsità od irregolarità, che il fallito possa provare aderenti al rendiconto del curatore. Ogni irregolarità si riterrà sanata, qualora il fallito, oltre non essere comparso, non sollevasse opposizione nel tempo utile; come la nullità nascente dalla mancata citazione del fallito, sarebbe completamente sanata, nè più gioverebbe la scusa della non citazione, se il fallito comparisse spontaneamente alla adunanza dei creditori (4).

—

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 296, n. 346.

(2) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 405, § 4589 — conformi BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 350, n. 729; ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 228-229, § 1824.

(3) Cfr. VIDARI, *ibidem*, e autori citati, *ibidem*, inoltre RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 129-130; DALLOZ, op. e voce cit., n. 930-31.

(4) *Ibidem*, autori citati.

TITOLO III.

DELLA LIQUIDAZIONE DEL PASSIVO

CAPO I.

Della verificazione dei crediti.

Art. 758.

I creditori del fallito devono presentare la dichiarazione dei loro crediti e i titoli dai quali derivano nella cancelleria del tribunale di commercio, entro il termine fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento. Il cancelliere ne dà ricevuta e ne forma uno stato.

Art. 759.

Se vi sono creditori residenti in paese estero, il giudice delegato può prorogare, rispetto ad essi, secondo le circostanze, il termine per la verificazione dei loro crediti e per la chiusura del processo verbale di verificazione. Di ciò deve darsi speciale avviso a tutti i creditori.

Art. 760.

La dichiarazione dei crediti deve indicare il nome e il cognome, o la ditta, e il domicilio del creditore, la somma dovuta, i diritti di privilegio, di pegno o d'ipoteca, e il titolo da cui il credito deriva.

Essa deve contenere l'affermazione chiara ed esplicita che il credito è vero e reale, e dev'essere sottoscritta dal creditore o da persona autorizzata con mandato speciale a fare per lui tale affermazione. Anche nel mandato dev'essere espressa la somma del credito.

Se il creditore non è domiciliato nel Comune in cui risiede il tribunale, la dichiarazione deve contenere l'elezione di domicilio nel Comune stesso; altrimenti tutte le notificazioni posteriori si fanno al creditore presso la cancelleria del tribunale.

Sommario.

251. *Liquidazione del passivo in cosa consista.*
252. *Necessità della verificazione dei crediti.*
253. *Quali creditori siano ammessi a presentare la dichiarazione dei loro crediti.*
254. *La dichiarazione e i titoli dei creditori perchè si depositino nella cancelleria del tribunale.*
255. *Il termine entro cui si deve fare dai creditori il deposito dei titoli.*
256. *La prova del fatto deposito e lo* stato *formato dal cancelliere.*
257. *I creditori residenti all'estero e la proroga accordata loro dal giudice delegato.*
258. *La proroga è comunicata a tutti i creditori.*
259. *La forma e il contenuto della dichiarazione dei crediti.*
260. *Il creditore deve dichiarare il carattere del suo credito. — Il creditore deve sottoscrivere la sua dichiarazione. — Facoltà di accordare mandato speciale a chiunque, per l'affermazione del carattere del credito e per la firma della dichiarazione.*
261. *Il domicilio del creditore dev'essere nel Comune ove risiede il tribunale. Sanzione contro il creditore che a ciò non si uniformi.*

251. *Liquidazione del passivo in che consista.* — Il crescente concerto delle querimonie, che, da ogni contrada d'Italia e da ogni persona che, per interessi o professione, abbia dovuto valersi del terzo libro del Codice di commercio del 1882, sale fino all'augusto seggio di chi dirige le cose della Giustizia e della Grazia in Italia, sembra abbia scosso la fede di lui nella perfezione dell'opera zanardelliana; e, meditando sulla caducità delle umane cose, e de' frutti del pensiero, pare siasi risolto a modificare l'attuale Codice in quelle parti dove più numerosi sono i non sensi, più mostruose le contraddizioni, più appariscente la ignoranza della vita commerciale odierna e dei suoi peculiari bisogni, più bislacca la caccia al romanticismo giuridico ed all'ideale *candido* del " tutto avviene per il meglio nel migliore dei mondi possibili „ (1). E, se queste modificazioni al Codice di commercio saranno veramente attuate, auguriamo che speciale attenzione abbiasi a questo titolo III del libro III " Del fallimento „, su cui " molte di lagrimar son le cagioni „.

Ma, venendo alla trattazione speciale di questa parte del nostro commento, non crediamo di poter meglio corroborare la parola della legge, di quello che si ottenga coll'esporre le considerazioni in forza di cui, il legislatore, sancì le disposizioni che ora esaminiamo. " La liquidazione del passivo, dice la relazione Mancini-Pasquali, consiste nel determinare quali siano coloro che hanno diritto sui beni del fallito, quale sia il vero ammontare dei loro crediti, quale ne sia la natura, o quali titoli speciali di preferenza a taluni fra essi possano competere. Di qui il bisogno

(1) L'attuale ministro di Grazia e Giustizia (Ferraris) si dice abbia nominata una Commissione all'intento di studiare ed attuare le modificazioni al Codice di commercio, specialmente al libro del fallimento, che la pratica ha mostrato necessarie (15 luglio 1891).

di regolare le norme della *verificazione dei crediti*, e la classificazione di essi secondo la loro natura. Qui appare al lettore quale sia l'essenza della liquidazione del passivo, e qual valore debba quindi accordarsi al Titolo III del terzo Libro; ma per comprendere quale sia lo scopo della liquidazione del passivo bisogna ricordare che essa " ..... serve a determinare quali siano coloro, che hanno diritto sui beni del fallito, quale ne sia la natura, e quali titoli speciali di preferenza a ciascuno competano (1), sicchè lo scopo a cui mira la liquidaaione del passivo mostra come essa sia fine e mezzo a se stessa; come, cioè, essa serva, verificando la posizione giuridica dei vari creditori rispetto al fallito, comun debitore, a fissarne la nuova posizione *utile* di fronte alla distribuzione dei beni, residuati dopo la chiusura del fallimento. Ora che è apparso con chiarezza sufficiente, crediamo, lo scopo a cui mira la liquidazione del passivo, è facile il comprendere la ragionevolezza della giacitura di questo istituto; il comprendere, cioè, qual sia la ragione per cui il legislatore parlò della liquidazione del passivo solo dopo aver ordinato le persone ed i mezzi, con che si poteva far luogo alle varie operazioni che conducono alla liquidazione stessa, non solo riguardo al passivo, ma ben anco riguardo all'attivo del fallimento.

Perchè colla liquidazione del passivo, colla constatazione, cioè, di quanti e quali siano e di che natura i gravami che incombono al patrimonio del fallito, viene a stabilirsi nettamente la entità del patrimonio che residua, e per conseguenza il *quantum* che ogni creditore riceverà dell'intero ammontare del suo credito verso il fallito. Per questo è nell'interesse dei creditori di cooperare con tutti i mezzi di cui dispongono e secondo le regole che la legge ha fissate, a rendere più rapide e più facili queste operazioni che condurranno, in definitiva, alla distribuzione dell'attivo fra i creditori, e che, giovando all'interesse singolo di ogni creditore, avvantaggiano egualmente l'interesse di tutta la massa; per questo fu prescritta al curatore provvisorio, come al curatore definitivo, sotto pena di destituzione, oltre che del risarcimento dei danni arrecati per la negligenza del disimpegno delle sue funzioni, l'osservanza di tutte quelle particolari operazioni che sono gli inizî della sua mansione amministrativa nel fallimento, e delle quali abbiamo tanto lungamente parlato nelle pagine che precedono.

352. La liquidazione del passivo si comincia per la verificazione dei crediti; la quale vedemmo essere considerata pur dal legislatore come il primo e più necessario passo per giungere alla liquidazione del passivo. La verificazione dei crediti è " ..... donc une garantie de plus qu'aucun acte n'échappera à la nullité dont il est frappé. D'un autre coté c'est là un complément du système des nullités de plein droit; car, après la verification, chaque créancier serà tenu d'affirmer qu'il est créancier sincère et veritable, alors même que du créance n'aurait été contestée par personne: le créancier est demandé en vérification, et, — par dérogation au droit commun, d'après lequel les créanciers n'ont qu'à produire leurs titres, sauf à celui qui prétendrai que le titre n'est pas sincère à le prouver, — ici chaque créancier doit établir la sincerité de sa créance, la corroborer par son affirmation. En effet, s'il refuse d'affirmer, il est par cela seul présumé renoncer à ses droits et rayé de la liste des créanciers de la faillite: s'il affirme, au contraire, et que sa créance soit reconnue fausse..... „ (2), egli incorre tosto

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 11 marzo 1872 - Verbale 817.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité des faillites et des banqueroutes*, première partie, pag. 340-41.

nelle penalità che il Codice penale sancisce contro i falsificatori. Quindi con la verificazione dei crediti si viene, come appunto avverte egregiamente il Bravard-Veyrières, a portare una nuova e più efficace epurazione nella massa dei creditori allontanandone, oltre quelli che per la nullità del loro credito (art. 707 Codice di commercio), non hanno più alcuna speranza nè alcuna probabilità di poter rimborsare qualche parte del loro avere, anche coloro che, per la natura del credito, o pel momento in cui questo fu tratto a favore del fallito (art. 709 Cod. comm.), potrebbero forse per qualche svista o per qualche sotterfugio, avanzare, come valida, una ragione di credito che non è tale. In questa sua effettività la verificazione dei crediti potrebbe quasi considerarsi come un istituto di interesse pubblico, come quella che mira ad impedire frodi ed abusi, che affettano direttamente la moralità pubblica; ma evidentemente tocca più dappresso l'interesse della massa dei creditori; dacchè, escludendo dalla futura distribuzione dell'attivo quei creditori che non hanno titoli sufficientemente validi per essere considerati come validamente tali, ingrossa la quota che sarà distribuita ai creditori i cui crediti verificati saranno ammessi (1).

Per un'altra considerazione appare la necessità della verificazione dei creditori; e, più che la necessità di verificare il valore giuridico di essi, la necessità di prontamente stabilire quali sieno i crediti ammessi e quali i crediti reietti. Perchè la amministrazione del fallimento, la quale fu per intero, tecnicamente e praticamente, organizzata colle disposizioni del Titolo II di questo stesso Libro III del Codice, rimarrebbe inoperosa quando fosse giunta a questo punto del procedimento della fallita; perchè nessun atto potrebbe farsi che tornasse direttamente ostile ai creditori, quando non consti quali persone debbano effettivamente ritenersi tali (2). Ond'è, che come è nell'interesse di ogni creditore che vengano i creditori ammessi nel minor numero possibile, e quelli soli sulla cui qualità non si possa elevare alcuna eccezione, è pure nell'interesse di tutti i creditori e d'ognuno fra essi, che al compimento delle operazioni di verifica siano opposti i minori ostacoli possibili, perchè non venga ritardato il definirsi delle operazioni amministrative e la chiusura del fallimento. In conclusione, è colla verificazione dei crediti, e mediante di essa, che si stabilisce in modo definitivo, sia la massa dei creditori che l'ammontare del patrimonio di fallimento, e che si pone, nei suoi rapporti giuridici e di fatto, la prima di fronte al secondo.

353. *Quali creditori sieno ammessi a presentare la dichiarazione dei loro crediti.* — La formola dell'articolo 758, che ora si prende in esame, veduta superficialmente, sembra accordare indistintamente a tutti i creditori del fallito il diritto di cui parla lo stesso articolo 758; diritto, che assume, veramente, il carattere di un obbligo, a intendere il quale è necessario portare la propria considerazione sullo scopo a cui è intesa la verificazione dei crediti, e sui vantaggi che tale operazione assicura ai creditori. È una selezione giuridica che si viene operando mediante la verificazione dei crediti; e siccome non è imposto dal legislatore a nessuno dei creditori di non rinunziare alle sue ragioni di credito verso il fallito, così devesi intendere la ingiunzione che appare dal contesto dell'articolo in esame, come diretta a quei soli creditori che *vogliono* far valere le loro ragioni di credito verso il fallito in unione cogli altri creditori: quindi, essendo libero ad ognuno dei creditori di tenere quella condotta verso il fallito che può essere più

(1) Cfr. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 498-99; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 417-18, § 4601.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 299, n. 349 e nota.

consentanea ai suoi interessi, deve però, in caso di entrata nella massa, sottoporsi alla regola comune.

Il Codice abolito che al Libro terzo, Titolo I, Sezione VI, trattava " della verificazione dei crediti „, attribuiva il carattere di facoltà alla deposizione dei titoli di credito e della dichiarazione analoga nella cancelleria del tribunale, accordata a tutti i creditori; e l'art. 600 diceva che " dopo la sentenza che dichiara il fallimento i creditori possono rimettere al cancelliere del tribunale i loro titoli con nota, in cui saranno indicate le somme, delle quali si propongono creditori „. Ma anche codesta facoltà, per quanto sia possibile darle una diversa interpretazione, per le varie modalità a cui era sottoposta la verificazione dei crediti secondo quel Codice, modalità che davano vita ad un sistema di verificazione affatto diverso, dovevasi intendere essere trasmutata in obbligo per quei creditori che intendevano concorrere alla distribuzione dell'attivo del fallimento.

L'articolo 491 del Codice di commercio francese non contiene disposizione diversa da quella del surriferito art. 600 dell'abolito Codice di commercio italiano; nè i vari commentatori parole ci appulcrano: solo il Bédarride distingue il caso in cui il deposito è indispensabile, obbligatorio, da quello in cui è soltanto facoltativo; e scrive: " Un préalable indispensable à toute vérification est le dépôt des titres et l'énonciation des prétentions individuelles des créanciers. Ces premiers démarches facilitent le travail de verification confié aux syndics. Ils peuvent ainsi, par le rapprochement du bordereau, avec les écritures du failli, se convaincre du plus ou moins de sincérité de créances prétendues. La loi règle ce dépôt à une double époque: 1° depuis le jugement déclaratif de la faillite, jusqu'au maintien ou au remplacement des syndics; 2° depuis le jugement qui prononce l'un ou l'autre, jusqu'à la cloture du procés-verbal de vérification. — Dans le premier cas, le dépôt est facultatif; ainsi chaque créancier peut, dès l'ouverture de la faillite, remettre ses titres avec un bordereau indicatif des sommes réclamées au greffier du tribunal de commerce, qui doit en tenir un état, et en donner récépisse „ (1). Da ciò appare il carattere non già strettamente e solamente facoltativo della disposizione dell'art. 491 (600 Codice italiano abolito), ma bensì obbligatorio, a seconda del carattere più o meno effettivo e definitivo della verificazione dei crediti, alla quale il deposito dei titoli e della nota forma il preludio. Identici al Codice francese, e solo modificati in quelle parti che riguardano la concessione del tempo per la presentazione dei titoli e della nota relativa, sono i Codici di commercio della Spagna, del Portogallo, del Belgio, del Chile, della Confederazione Argentina, dell'Impero Turco, dell'Egitto. Sostanzialmente diverso è il Codice di commercio dei Paesi Bassi; e veramente è quello che presenta, insieme alla legge inglese 1883 sul fallimento, i più spiccati caratteri di originalità. Il Codice Neerlandese alla terza sezione, titolo I, libro III " Della verificazione dei crediti „ all'art. 815 stabilisce che, " Dopochè il bilancio sarà stato presentato al giudice delegato, questi ordinerà la convocazione di tutti i creditori conosciuti e non conosciuti, compresivi quelli che hanno un diritto di privilegio o d'ipoteca, o che si trovano in possesso di un pegno, per procedere alla verificazione dei crediti „. Poi, negli articoli che susseguono è sempre al giudice delegato che il legislatore attribuisce ogni atto ed ogni autorità per la verificazione dei crediti; e quantunque non sia ammesso, nè imposto, il deposito dei titoli di credito e la redazione della nota, è però concesso ai creditori di presentarsi all'adunanza di verificazione sia personal-

(1) BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 46-47, n. 420-421.

mente che per mezzo di mandatario; nel qual caso però è necessario che il mandatario sia munito di mandato speciale; e nel caso sia, come è prescritto dall'articolo 823, a prestarsi giuramento per provare la sincerità e validità del credito, convien che il mandato sia specialmente rivolto ad accordare al mandatario anche una tale facoltà. La legge inglese neppure allude ad alcun deposito dei titoli da farsi dai creditori: il titolo terzo di questa legge " Dell'amministrazione dei beni del fallito „ (Administration of property) sotto la denominazione di " Prova dei crediti „ (Proof of debts) porta sei articoli che si riferiscono ai vari modi con cui si verificano ed ammettono i creditori al passivo; ed è sempre il sindaco (trustee) quello cui è affidata la bisogna. Però l'allegato 2° di questa legge, relativo alla *verificazione dei crediti* (Proof of debts) dà norme più estese e più particolareggiate sul modo da seguirsi per la verificazione: distingue il caso in cui si debba fare la *verificazione nei casi ordinari*, da quello della *verificazione dei crediti garantiti* (Proof by secured Creditors); da quello della prova dei crediti nati da contratti conclusi da un fallito, con caratteri speciali (Proof in respect of distinct Contrats); regola altresì questo allegato, quei *pagamenti che scadono periodicamente* (Periodical Payments), gli *interessi delle varie somme* (interest); i *debiti a termine* (Debt payable at a future time), e, finalmente, regola anche ciò che concerne *l'ammessione o il rigetto delle prove* dei crediti (Admission or Rejection of Proofs) (1).

Neppure la legge austriaca del 1869 in materia di fallimento, contiene un complesso organico di norme per regolare la verificazione dei crediti; e per quanto il capitolo II contenga due sezioni intitolate ai creditori della massa, la prima (della graduazione dei crediti) e l'ottava (della verificazione dei crediti), tuttavia le varie disposizioni raccolte nei numerosi capi e paragrafi di queste due sezioni, sono ben lontane dal presentare quella facilità d'interpretazione e quella chiarezza di esposizione che si giudicano indispensabili ad una legge specialmente relativa al commercio.

Poco pregevole per gli stessi difetti è la legge sul fallimento vigente dal 1877 nell'Impero germanico; le disposizioni risguardanti la verificazione dei crediti e la ammessione dei creditori al passivo, convien rincorrerle qua e là attraverso il titolo settimo e ottavo del libro primo, e attraverso il titolo quarto e quinto del libro secondo: nè si riesce a raccozzare, con le varie disposizioni e le vaghe allusioni alla verifica dei crediti, un sistema di verificazione sufficientemente chiaro e libero da contraddizioni.

Da questa esposizione di legislazione commerciale comparata, sembra che si possa trarre il giudizio " o memorando caso! „ che migliore delle leggi vigenti commerciali, per ciò che concerne la verificazione dei crediti, è la legge italiana del 1882; ma questa lode, che quasi naturalmente sgorga dal raffronto della nostra con le varie legislazioni commerciali d'Europa e d'America, sfuma quando si consideri di quanto, non ostante questa apparente e relativa perfezione, sia disadatta la legge italiana ai veri bisogni del commercio, e quanto, pur anco, sia inferiore al concetto di una legislazione idealmente consona alla vita di quel gran fenomeno economico che è il commercio.

Fin dalle prime parole di questo numero avevamo avanzata la questione se " i cre-

(1) Il GALDI nel suo " Codice di commercio „ con la legislazione comparata (edito a Napoli 1883), riferisce come legge attuale inglese su questo punto l'articolo 25 della legge sul fallimento, del 1869; legge che il Parlamento inglese abolì surrogandovi nel 1883 la legge che vive tuttora nella massima parte del Regno Unito.

ditori del fallito „ di cui parla l'art. 758 ed ai quali è fatto l'obbligo di presentare la dichiarazione dei crediti e i titoli da cui questi derivano, sieno tutti indistintamente i creditori; oppure solamente una parte di essi; se, cioè, tutti quelli che sono materialmente in un rapporto di avere di fronte al fallito, debbano considerarsi compresi nella disposizione dell'articolo in esame, o se, invece, qui il legislatore abbia inteso parlare unicamente dei creditori che sono *giuridicamente*, o *legittimamente*, o *legalmente* tali. Nè a risolvere simile questione, che altri a torto potrà tacciare di oziosa, ne soccorrono le considerazioni e i motivi esposti dal legislatore intorno a codesto articolo, o le illustrazioni della dottrina, o la interpretazione della giurisprudenza. Ognun sa che non basta il poter vantare un credito verso un fallito, per poter essere compreso nella massa dei creditori; ma è necessario che questo credito esista realmente; che, cioè, sia valido e non infetto da alcuna di quelle infermità d'origine, che la legge commerciale stessa dichiara efficaci a spogliare un credito della sua validità giuridica.

Gli articoli 707 e 709 stabiliscono varie specie di nullità *assolute* e di nullità *relative* intorno a certi atti, fatti dal fallito in una determinata epoca; e fra questi atti va anche compresa, indubbiamente, la contrattazione di nuovi debiti fatta dal fallito con nuove persone, dopo che fu spogliato dell'amministrazione dei propri beni e, rispetto a quelli, dichiarato incapace. Quindi parrebbe che quei creditori del fallito che si trovino nella condizione contemplata dall'art. 707, non potendo essere assolutamente considerati in nessun rapporto giuridico col fallito, sieno esclusi dalla disposizione dell'articolo 758. Se non che, a veder nostro, ha provvisto a ciò la disposizione dell'art. 708, la quale prescrive per l'annullamento degli atti di cui all'art. 707 le norme stabilite dall'articolo 1235 del Codice civile. E siccome secondo il Codice civile, a questo articolo, sono i creditori che possono impugnare gli atti che la legge consideri come frodolenti delle loro ragioni, rimane fuor di dubbio che quest'impugnativa non potrà farsi che quando quei creditori che hanno soltanto una ragione di credito invalida per vizio d'origine, la presentino nella speranza di farla accettare. Perchè, come si vedrà meglio in seguito, la verificazione dei crediti avviene anche in contradditorio dei creditori fra loro, o meglio di ogni singolo creditore colla massa (1), e non più col fallito per ragione della sua incapacità. Dunque sembra che il legislatore abbia voluto alludere qui, più alla qualità materiale, che alla qualità *giuridica* di creditore; lasciando che col dibattito, che si farà nella verificazione dei crediti, si stabilisca la legittimità e l'ammessibilità di ogni credito. Vi ha poi un'altra differenza qualitativa tra i vari creditori; differenza che sollevò, in Francia specialmente, e che in Italia fu seguìta vigente il Codice commerciale del 1865, vivaci polemiche tra i giuristi. Questa differenza e queste polemiche si fondano sulla diversa natura dei debiti che potevano gravare il patrimonio del fallito; e si diceva che dovevansi ritenere esenti dall'osservanza delli articoli 491 Codice francese, 600 Codice italiano (1865), i creditori privilegiati od ipotecari sugli immobili; e la dottrina come la giurisprudenza eransi divise in due campi, chi alla negativa, chi all'affermativa della differenza portando il suo contributo di ragioni (2). Noi non reputiamo opportuno rinnovare quell'infecondo dibattito, perchè non può esservi più dubbio nella nuova legislazione commerciale italiana sulla assoluta uguaglianza di tutti i creditori di fronte all'articolo 758; uguaglianza espressamente voluta dal legislatore, il quale ha scritto nelle motivazioni

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 418-419, § 4602.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 300-301, n. 352 e nota n. 2.

del Codice di commercio, sull'art. 779, pari all'art. 666 del Codice abolito, che " ..... le norme relative alla verificazione dei crediti sono comuni a tutti i creditori, e perciò non si può dubitare, che esse sieno applicabili anche ai creditori privilegiati od ipotecari..... „ (1); e nello stesso testo della legge, all'articolo 760, ha fissato, anche più esplicitamente, quella assoluta eguaglianza, volendo che " la dichiarazione dei crediti debba contenere e indicare il nome e il cognome, o la ditta e il domicilio del creditore, la somma dovuta, i diritti di privilegio, di pegno e d'ipoteca, e il titolo da cui deriva „; di ciò si svilupperanno meglio le ragioni più avanti.

L'articolo 758, parla della *dichiarazione* che dei loro crediti devono presentare i creditori, e dei *titoli* da cui derivano le ragioni di credito. Questa dichiarazione, che corrisponde alla *nota* richiesta dal Codice del 1865, ed al " *bordereau* „ del Codice francese, contiene, per così dire, lo stato civile del creditore e della sua ragione di credito; e i titoli dei crediti che devono essere presentati unitamente a quella dichiarazione, sono tanto gli atti costitutivi, autentici, del credito, quanto le copie, le prove di tali atti, quando non sia possibile la presentazione dei documenti autentici. Si avverta che ai casi di mancata presentazione dei titoli originali, alludono chiaramente, nel Codice di commercio, gli articoli 788 e 813.

È notevole, riguardo alla presentazione dei titoli, una sentenza della Corte d'appello di Catania, la quale stabilisce la massima secondo cui " per essere ammesso al passivo del fallimento, in base ai titoli cambiari, è indispensabile aver conservata l'azione cambiaria nelle forme e nei termini di legge, non potendo farne le veci la domanda di ammissione al passivo, fatta entro i 45 giorni dal protesto „ (2); la quale massima, fissa anche un principio generale che è facile raccogliere dal contesto della sentenza; e cioè, che non solo è indispensabile che il titolo originale ed autentico, o quanto meno un documento equipollente, sia presentato, come prescrive l'articolo 758, ma ch'è altrettanto indispensabile che il titolo sia valido, e non infetto da qualsiasi elemento di caducità: però completeremo questo breve accenno ad una questione di così incontestabile importanza, nella trattazione dei successivi numeri.

354. *La dichiarazione e i titoli dei creditori perchè si depositino nella cancelleria del tribunale.* — L'articolo 761 dà la risposta precisa alla nostra domanda. È perchè il giudice delegato possa verificare le rispettive ragioni di credito dei singoli creditori, che l'art. 758 prescrive il deposito nella cancelleria del tribunale. In questa disposizione, il legislatore commerciale del 1882 è stato più perspicuo che il legislatore del Codice abolito, e il legislatore dell'attuale Codice di commercio francese. Quando il creditore che intenda essere ammesso al passivo abbia, entro il termine stabilito, adempito alle prescrizioni dell'articolo in esame, nasce intiero il suo diritto d'esser preso in considerazione dal giudice delegato, nell'esame fatto da costui, come lo prescrive l'art. 761; ed appunto per evitare recriminazioni destituite di fondamento, ma ciò non pertanto sempre con grande accanimento avanzante, il legislatore ha voluto che la cancelleria del tribunale fosse il deposito, l'archivio, dove i

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 837; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 426 e segg., § 4607; e Autori ivi citati; CALAMANDREI, *ibidem*; MASI, op. cit., vol. II, pag. 108.

(2) 9 aprile 1890. — Sulla questione che veniva per tal guisa definita dall'Appello catanese, aveva già da tempo pronunziato il suo giudizio la dottrina; e meritano tutta l'attenzione del lettore le profonde considerazioni che su di essa svolsero il Calamandrei, il Vidari, il Supino e l'avv. Isidoro Rignano.

creditori potessero e dovessero far constare materialmente della loro intenzione di concorrere al passivo del fallimento, reputando rinunzianti quelli che non avessero mai fatto, nel corso della procedura del fallimento, quel deposito nelle forme e nella località all'uopo prescritte e destinate (1).

Qui la cancelleria del tribunale serve di intermediario, come riguardo ai libri del fallito secondo l'art. 737, tra i creditori singoli e l'organismo amministrativo della fallita, nello scopo d'evitare sia a vantaggio della massa che del singolo creditore, spiacevoli sorprese (2).

255. *Il termine entro cui si deve fare dai creditori il deposito dei titoli.* — " Colla sentenza che dichiara il fallimento, il tribunale deve:

. . . . . .

5° Stabilire un termine, non maggiore di un mese, nel quale i creditori devono presentare nella cancelleria del tribunale, le dichiarazioni dei crediti „.

Così dispone l'art. 691 del Cod. di comm.; ed a questa disposizione allude l'art. 758.

Nessuna precisazione di termine conteneva il cessato Codice di commercio; il quale, simile in questo al Codice di commercio francese tuttora vigente, stabiliva soltanto che, dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, " i creditori possono rimettere al cancelliere del tribunale i loro titoli con nota, in cui saranno indicate le somme, delle quali si propongono creditori „. Così questi Codici, e con essi tutti gli altri che li copiarono pedissequamente, non fissano alcun limite alla facoltà di presentare in qualunque tempo i titoli ela nota; e solo per non lasciar aperto il varco ad abusi che potessero poi fruttar danno alla intiera massa, quei Codici, valendosi della sostituzione dei sindaci definitivi ai sindaci provvisori, stabilivano che quei " creditori, che al tempo della nuova nomina o della conferma dei sindaci, non abbiano rimesso i loro titoli di credito, siano immediatamente avvisati con inserzione nel giornale degli annunzi giudiziari e con lettere del cancelliere del tribunale, di comparire entro venti giorni dalle dette inserzioni davanti ai sindaci del fallimento e rimettere ai medesimi i loro titoli di credito, oltre ad una nota indicante la somma di cui essi si propongono creditori, se non preferiscono di farne il deposito nella cancelleria del tribunale „ (art. 601, Codice commerciale italiano 1865). Il Codice belga di commercio, copiando quello di Francia, s'avvisò di correggere quell'inconveniente che nasceva dalla mancanza di fissazione di un termine, e fissò quello stabilito dalla sentenza dichiarativa di fallimento, come fece il legislatore italiano. Altri Codici, ad es., lo spagnuolo, fissano i termini per l'adempimento del deposito a seconda dei luoghi ove sia domiciliato il creditore; altri, e crediamo che il portoghese sia l'unico, lasciano all'arbitrio del giudice la fissazione del termine; il Codice della Confederazione argentina dà un termine unico di sessanta giorni; e il Codice neerlandese non fissa termine di sorta, pel fatto già esposto, che non contiene alcuna disposizione che assomigli a quella dell'articolo 758 del nostro Codice. Sistema assolutamente diverso dalla nostra legislazione, ha seguìta la legge dell'Impero germanico

(1) Il CALAMANDREI (op. cit., vol. I, pag. 303, n. 355) assevera che, quantunque la regola voglia che la dichiarazione ed i titoli si presentino e depositino alla cancelleria, pure non sarebbe causa di nullità la presentazione fattane al giudice delegato direttamente. A noi, invece, sembra che il giudice delegato non possa nè debba ricevere alcun deposito siffatto, sia perchè ciò non entra nelle sue mansioni in verùna guisa, sia perchè questa lesione ad un principio stabilito dalla legge non varrebbe che a far nascere dei sospetti di parzialità negli altri creditori, sospetti che, sopratutto per la dignità del giudice delegato, è necessario evitare.

(2) Vedasi su questa considerazione quello che se ne dice al n. 290 di questo commento.

sul fallimento (1877), sicchè riesce impossibile un confronto; e la ordinanza austriaca 1869 sul fallimento dà due termini diversi, uno fissato nell'editto dichiarativo di fallimento, e un altro, se questo termine non fu fissato, che è stabilito dal commissario del fallimento (il nostro giudice delegato).

Secondo, adunque, la legislazione commerciale italiana vigente, il termine entro cui i creditori devono adempire le prescrizioni dell'articolo 758, non può mai essere più di un mese, contando dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento; entro questo termine ogni giorno è utile per tale presentazione; nè può levar alcun lamento il creditore che lasciò perimere il tempo utile senza presentarsi. Ma, veramente, il creditore che non approfittò del termine di cui parliamo, sarà escluso dalla massa dei creditori e quindi nè ammesso al passivo, nè all'attivo, nè chiamato alla distribuzione dell'attivo?

Per l'abolita legislazione italiana quei creditori che al tempo della nuova nomina o della conferma dei sindaci non avevano ancora presentato i loro titoli di credito con la relativa nota, come ne faceva facoltà l'articolo 600, venivano invitati a comparire, entro 20 giorni dalle inserzioni dell'avviso a loro diretto ed inserito nel giornale degli annunzi giudiziari, e con lettere del cancelliere del tribunale, davanti ai sindaci del fallimento per consegnar loro i titoli e la nota (art. 601); così era più consentanea alla disposizione della legge che si ritenesse come rinunziante alla sua ragione di credito verso il fallito quel creditore che non ostante le disposizioni degli articoli 600, 601 e 614 non avesse presentato alla verifica i suoi crediti o non avesse mai fatta opposizione alle ripartizioni d'attivo (1). Identica è la conclusione a cui si viene nell'esame della legge francese.

Ma nella nuova legge commerciale, si contiene una disposizione che non si riscontra nella legislazione italiana abolita e nella legislazione francese. L'articolo 764 parla del come devono regolarsi i creditori per presentare le dichiarazioni di crediti, dopo la chiusura del verbale di verificazione: in questo articolo il legislatore ha adottato il criterio del legislatore commerciale del 1865 agli articoli 600 e 601, modificandolo però a seconda delle esigenze tecniche della nuova legge. Così quel creditore che, nel tempo fissatogli dall'articolo 758, o durante le operazioni di verifica degli articoli 761 a 763, non ha presentato la dichiarazione dei suoi crediti ed i documenti comprovantili, se vuole essere ammesso al passivo, deve, almeno due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione delle contestazioni, presentare e depositare nella cancelleria del tribunale e i titoli e la dichiarazione; di questa nuova presentazione viene fatta notificanza al curatore. Questa, si può considerare come la regola che forma il nucleo del sistema per la verificazione dei crediti e l'ammessione al passivo nell'attuale legge di commercio italiana: come prolungamento di questa regola, e come estrema concessione fatta dal legislatore alla ragion di credito dei creditori del fallito, stabilì, con disposizione, affine a quella dell'articolo 614 del cessato Codice, che, quantunque siano trascorsi i termini stabiliti negli articoli precedenti i creditori conosciuti o non conosciuti, che non hanno fatta la dichiarazione dei loro crediti, possono presentarla

(1) Il Codice di commercio del 1865 completava il sistema in esso adottato circa la verificazione dei crediti con la disposizione dell'articolo 614: " I creditori conosciuti o non conosciuti che nei termini sopra indicati non fossero comparsi, non saranno compresi nelle ripartizioni da farsi; nondimeno possono fare opposizione sino alla distribuzione del danaro inclusivamente. Le spese della opposizione saranno sempre a loro carico. Si pronunzierà sull'ammissione del credito proposto a norma dell'articolo 600 ".

in contradditorio del curatore fino a che non siano esaurite le ripartizioni di tutto l'attivo del fallimento. Il tribunale può anche ammetterli provvisoriamente al passivo secondo le precedenti disposizioni (articolo 770): così questa disposizione di legge, che verrà esaminata ampiamente in seguito, dà un rimedio estremo al negligente creditore, senza però garantirgli che la riconosciuta ammessibilità del suo credito faccia luogo anche alla partecipazione, alle distribuzioni dell'attivo, ed all'ammessione al passivo; quest'ultimo diritto del creditore, essendo trasmutato in una facoltà di cui il tribunale è il solo che può usare. Concludendo, da quello che siamo venuti esponendo intorno all'effetto della non tempestiva presentazione dei titoli di credito e della dichiarazione da parte del creditore, si può formulare questa risposta alla domanda avanzata; che, cioè, per quanto il creditore, di regola debba valersi ed attenersi strettamente alle disposizioni dell'articolo 758 nella presentazione dei titoli di credito e della dichiarazione, tuttavia gli è fatta facoltà di valersi prima del disposto dell'articolo 764, e poi, perento pure inutilmente il termine ivi stabilito, come ultimo e definitivo rimedio della disposizione contenuta nell'articolo 770, che si estende a tutta la durata del fallimento.

Il Calamandrei (1) non sembra aver ben compreso la qualità e la importanza del sistema che sgorga dal confronto e dal coordinamento degli articoli 758, 764 e 770; perchè scrive che, se la dichiarazione " ..... non è fatta nel termine stesso (quello dell'art. 758), il creditore non incorre in decadenza, ma semplicemente deve farla in contradditorio del curatore (art. 770) e non prende parte che alle successive ripartizioni (art. 814) „ (2). Ora è evidente, almeno per quello che ne pensiamo noi, che il Calamandrei ha scambiato una eccezione, quella dell'art. 770, con un prolungamento della regola stabilita all'articolo 758; e quindi in questa specie di daltonismo giuridico, ha potuto scrivere, che " il creditore non incorre in decadenza, ma *semplicemente* deve farla in contradditorio del curatore..... „ quando invece l'art. 770 si riattacca alla disposizione principale dello articolo 758 non come un accessorio necessario e direttamente, ma vi si riattacca mediatamente, cioè con il tramite dell'articolo 764, e vi si intende sempre inclusa la causa che deve essere quella della impossibilità di aver potuto fruire del disposto dell'articolo 758: impossibilità a cui allude chiaramente l'articolo 814, citato pure dal Calamandrei, quando dispone che quei creditori i quali furono nella impossibilità di fare la dichiarazione del loro credito nel termine stabilito, e quindi nel termine normale, in quello stabilito dall'articolo 758 (3), ed eventualmente in quello dell'articolo 759, e possano inoltre dimostrare la detta impossibilità, potranno essere ammessi a prelevare sull'attivo rimanente anche le quote già scadute ed alle quali, in caso ordinario, non avrebbero più diritto; mentre a quei creditori che non dimostreranno quella impossibilità, non è neppur concessa la facoltà di reclamare o di opporsi alle distribuzioni già fatte.

Qui si presenta, sempre riguardo alla

(1) Op. cit., vol. I, pag. 303, n. 356.

(2) " Art. 814. I creditori che hanno dichiarato tardivamente i loro crediti secondo le disposizioni dell'articolo 770 non possono reclamare contro le ripartizioni dell'attivo già fatte, nè opporsi a quelle già ordinate dal giudice delegato, ma concorrono soltanto nelle successive ripartizioni in proporzione del loro credito, e qualora siano stati ammessi provvisoriamente al passivo in proporzione della somma determinata dal tribunale. Se però giustificano di essersi trovati nella impossibilità di fare la dichiarazione del loro credito nel tempo stabilito, essi possono essere ammessi a prelevare sull'attivo non ancora ripartito anche le quote che avessero dovuto avere nelle prime ripartizioni „.

(3) Il VIDARI scrive: .....quel termine è perentorio e quindi improrogabile..... „, op. cit., vol. VIII, pag. 484, § 4613.

scadenza del termine, una non trascurabile questione, la quale va formulata così: sarà non valida la presentazione tempestiva della dichiarazione sola, seguìta poi in un'epoca qualunque della verificazione dei crediti, cioè dopo la chiusura del processo verbale di verificazione (art. 764), o dopo trascorsi i termini stabiliti negli articoli 753 e 764 (art. 770) dalla presentazione dei titoli relativi ai già dichiarati crediti?

Nessuno può dissimularsi la importanza speciale che presenta codesta questione. Giacchè, se noi esaminiamo quale maggior efficacia il legislatore abbia accordata alla presentazione della dichiarazione dei crediti, in confronto della presentazione dei titoli di essi, non possiamo rimanere a lungo incerti o perplessi sulla risposta a dare. La presentazione della dichiarazione è assolutamente quella che accorda al creditore il diritto di essere ammesso al passivo del fallimento; perchè intanto la qualità indispensabile per concorrere cogli altri creditori nel fallimento, è la *qualità di creditore* del fallito: poi, data la esistenza di codesta qualità si ricerca la validità di essa; ed a questa ricerca sono necessari i titoli del credito o dei crediti per cui si è presentata la dichiarazione. Su quei titoli si delibera nella verificazione dei crediti, intorno alla validità dei crediti stessi e quindi si ammette o non il creditore al passivo del fallimento. Questa essendo la meccanica dei primi atti che conducono alla liquidazione del passivo e alla ripartizione e distribuzione dell'attivo, si vede che il documento più importante è la dichiarazione dei crediti tempestivamente presentata, come quella che intanto assicura della qualità di fatto di creditore, nella persona che quella dichiarazione presenta. Tale conclusione appare poi sempre più logica e conforme allo spirito della legge, se si volga un semplice sguardo scrutatore alla disposizione dell'articolo 760; questo, oltre alla minuta descrizione della forma intrinseca ed estrinseca della dichiarazione, esige, in mancanza della firma del proponentesi creditore, la firma di "...persona autorizzata con mandato speciale a fare per lui tale affermazione „. Di più, se noi osserviamo alle difficoltà che alle volte può incontrare il creditore per procurarsi e presentare tempestivamente i titoli delle sue ragioni di credito; se ricordiamo come gli autori ammettano la validità della presentazione dei titoli in documenti non originali (1), e perfino la prova della esistenza del credito qualora sia impossibile la presentazione dei titoli in originale o in copia. Se consideriamo a quale scopo fu diretta dal legislatore la richiesta dichiarazione dei crediti, e quale importanza ad essa sia fatta dalla vigente legislazione italiana, in confronto della legislazione francese vigente, e della italiana abolita, riguardo alla *nota* dei crediti, ed al " *bordereau* „, non si può venire a diversa conclusione di questa: che, cioè, è a ritenersi valida, per la tempestività della presentazione dei crediti a mente dell'articolo 758, anche la presentazione e il deposito della sola dichiarazione, purchè venga poi in un'epoca qualunque (art. 770) seguìta dalla presentazione dei titoli dei crediti vantati. Che se la diligenza del creditore nel presentare la dichiarazione dei suoi crediti verso il fallito, non verrà poi seguìta mai dalla presentazione dei documenti dei crediti stessi in originale od in copia autentica, certo il creditore, quantunque preso in considerazione per la ammessione al passivo, non potrà partecipare alle distribuzioni dell'attivo. Altrettanto ne

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 308, n. 354. — Pare che la dottrina francese segua un criterio al tutto diverso e si sia messa in un ordine d'idee che tratta con troppa severità la presentazione dei titoli tardiva e non contemporanea a quella del *bordereau*. — BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., vol. I, pag. 346; RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 503-504; BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 46, n. 420; BOISTEL, *Droit commercial*, pag. 564, § 985, concordano nel ritenere indispensabile la previa presentazione dei titoli in riguardo ai quali il *bordereau* ha un'importanza affatto secondaria

è sembrata utile la questione risolta or ora, di tanto ci si presenta oziosa la stessa questione riguardo ai titoli; anche perchè toccherebbe l'assurdo la supposizione, che il creditore, che prende cura di presentare entro il termine stabilito i titoli de' suoi crediti, non presentasse unitamente ad essi la dichiarazione della sua qualità.

Per quanto ha attinenza con la comunicazione fatta ai creditori della pronunciata sentenza dichiarativa del fallimento, il lettore avrà già veduto nella illustrazione degli articoli 692, 719, 720, 744, a chi spettino le varie comunicazioni relative alla sentenza dichiarativa del fallimento, all'adunanza dei creditori, ed alla responsabilità che si incorre pecuniariamente, civilmente, disciplinarmente e penalmente dal curatore, quando si possa imputare alla di lui negligenza se qualche creditore non potè presentare tempestivamente la dichiarazione e i titoli. Però esaminando l'articolo 770, vedremo quali modificazioni apporti al principio della assoluta responsabilità del curatore pei danni originati dalla di lui colpa, o dolo, o negligenza, l'essere *i creditori conosciuti o non conosciuti*, dacchè il legislatore ha ammesso che possano presentarsi alla verificazione anche creditori non conosciuti (1).

256. *La prova del fatto deposito e lo stato formato dal cancelliere.* — Il Codice del 1865, come quello attuale francese oltre che stabilire pel cancelliere, nel cui ufficio vien fatto il deposito della dichiarazione e dei titoli di credito, l'obbligo di rilasciarne ricevuta e di redigerne uno stato, facevanlo responsabile dei titoli, così consegnatigli, per cinque anni dal giorno in cui è chiuso il processo verbale di verificazione dei crediti (Codice comm. 1865, art. 600). Il legislatore del Codice attuale non volle conservata quella disposizione nell'articolo 758 (2), ma la rimandò invece a luogo più idoneo, abbreviando la durata della prescrizione (3), stabilita anche riguardo ai cancellieri dall'art. 2143 del Codice civile (4).

La ricevuta che il cancelliere è tenuto a rilasciare ai creditori che adempiono alle prescrizioni dell'art. 758, serve, per costoro, di prova del fatto deposito non solo, ma anche della fatta dichiarazione; ed ha per effetto di renderli ammessibili al passivo del fallimento anche nel caso in cui il cancelliere smarrisse o la dichiarazione, o i titoli o l'una e gli altri. Perchè è certo che a parte la responsabilità che cade direttamente sul cancelliere in un caso simile, e oltre l'azione per danni contro di lui esercibile dal creditore per rifarsi dei danni eventuali provenutigli dalla perdita dei documenti, il creditore non potrà vedersi escluso nella verificazione dei crediti dalla ammessione al passivo, constando, per la ricevuta autentica del cancelliere, essersi esso completamente uniformato a quanto dispone l'articolo 758. Ma come potrà essere verificata la essenza e la qualità dei crediti in una simile ipotesi? Qui

(1) Vedi di questo commento il n. 290.

(2) " Conservata la disposizione del detto articolo che concerne la ricevuta dei titoli, quella che riguarda la responsabilità del cancelliere per cinque anni dalla chiusura del processo verbale di verificazione, e serve a complemento di ciò che dispone l'art. 2143 del Codice civile, si riserva ad altro luogo „ — *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 11 marzo 1872 - Verbale 817.

(3) Codice di commercio, art. 921: " I cancellieri e i curatori sono liberati dal rendere conto dei titoli di commercio e delle carte che ricevono nella procedura di fallimento, dopo trascorsi tre anni dalla chiusura o dalla cessazione delle operazioni di essa „.

(4) Codice civile, art. 2143: " I cancellieri, gli avvocati, i procuratori alle liti e gli altri patrocinatori sono liberati dal render conto delle carte relative alle liti cinque anni dopo che le medesime furono decise od altrimenti terminate.

" Gli uscieri dopo tre anni dalla consegna degli atti sono parimenti liberati dal renderne conto „.

. . . . . .

non può esser più dubbia la qualità di creditore nella persona che è vittima della negligenza del cancelliere; ma non potranno essere adempiute quelle formalità che la legge impone per la verificazione dei crediti, formalità che evidentemente sono di un'importanza ben maggiore che non quella di cui richiede l'adempimento l'art. 758. Sicchè ci troviamo di fronte ad un ostacolo che sembra insormontabile; tanto più nel caso in cui siano stati presentati dal creditore i titoli autentici, originali delle sue ragioni verso il fallito, per cui sia impossibile farne una copia da sostituire alla prima, smarrita dal cancelliere.

Tutte le disposizioni del capo I, libro III, titolo III, del Codice di commercio, sono fondate sull'esistenza dei titoli del credito, e senza di essi nessun creditore potrebbe vantare ragioni verso il fallito, essendo troppo facile la frode. Perchè, smarriti i veri titoli, il creditore in malafede potrebbe attribuire alla propria ragione di credito ed alla sua innegabile qualità di creditore una entità, un valore ben altrimenti gagliardo e fondato, di quello che realmente fosse, senza che il curatore e il giudice delegato potessero con validi argomenti opporgli la vera importanza del credito. Se non che sembra a noi che a quest'ipotesi si possa trovare una soluzione in ciò che dispone l'articolo 761, almeno quando il creditore, i cui titoli tempestivamente presentati furono dal cancelliere smarriti, sia una di quelle persone che devono, secondo la legge commerciale, tenere i libri di commercio. Codesto articolo 761 nel capoverso accorda al giudice delegato la facoltà di ordinare la personale comparizione del creditore od autorizzarlo a comparire col mezzo di mandatario, di prescrivere la presentazione dei libri di commercio del creditore o di uno estratto di essi e sentire qualunque altra persona possa offrirgli notizie e schiarimenti. Notisi che i motivi che il legislatore del 1882 propose per la conservazione co. numero 761 dell'art. 605 del Cod. comm. del 1865, così si esprimevano nei verbali della Commissione: " ..... siccome il conoscere quali indagini siano necessarie, e quali possano risparmiarsi, dipende dalla specialità delle circostanze, la legge deve ordinare ciò solo che è indispensabile, ed additare all'apprezzamento del giudice ciò che gli è concesso di fare, per raggiungere lo scopo di una cognizione abbastanza sicura della sussistenza di ciascun credito „ (1). Dal che si vede che al giudice delegato è concessa la facoltà di seguire nella verifica del credito, quel criterio, o quel sistema che gli sembri più conveniente al caso e più idoneo a tutelare gli interessi di tutti i creditori al paro di quelli di ognun di loro. Miglior applicazione di questa libertà che il legislatore intese lasciare al giudice delegato nella verificazione dei crediti non sembra possibile ottenersi, quando non si accordi ciò all'ipotesi da noi avanzata; nella quale, non gli si può presentare che una sola via d'uscita mediante l'applicazione del principio sancito nel capoverso dell'articolo 761, adattandolo alla specialità del caso che si presenta. Così allo smarrimento dei titoli, nello scopo di tutelare le ragioni di credito del creditore in cui danno avvenne la perdita, si potrà ovviare invitando codesto creditore a presentare, se è commerciante, i suoi libri di commercio nei quali dev'essere notata la natura, la qualità, l'entità del credito in discorso; e se non commerciante, non si può ritenere come assurdo che si possano accettare quegli elementi che egli possa essere in caso di presentare come prova dell'esistenza della sua ragione di credito verso il fallito. Sarà poi cura del giudice delegato di mostrarsi più minuzioso e scrupoloso nella verifica di quel credito forzatamente in simile guisa giustificato, per non cadere nelle insidie che un creditore di dubbia onestà possa aver pre-

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 819.

parate alla sua buona fede (1). Ed è questa, per quanto noi sappiamo vedere, l'unica soluzione che si presenti, cogli elementi del Codice di commercio, al quesito che ci siamo proposti (2).

L'ipotesi che abbiamo esposta sulla importanza ed efficacia della ricevuta rilasciata dal cancelliere, mostra di quanto interesse sia pei creditori che depositano nelle mani di quell'ufficiale giudiziario i titoli dei loro crediti, il non dimenticarsi di richiederla, perchè in caso di non rilasciata ricevuta lo smarrimento dei titoli perderebbe molto della sua importanza, non potendo il creditore così colpito provare tosto con un documento irrepugnabile la avvenuta consegna e quindi la intiera responsabilità del cancelliere.

Oltre la ricevuta, l'articolo 758 dice che il cancelliere deve redigere uno *stato* dei titoli e delle dichiarazioni che vengono depositate a di lui mani. Nessuno degli autori che ci prendemmo cura di esaminare spende pure una parola su questo obbligo del curatore; e veramente non sappiamo intendere il perchè di codesta " *congiura del silenzio* „, di fronte ad una disposizione di legge la quale per la frase ond'è designata, può dare luogo ad equivoci, se non nella pratica della legge commerciale, almeno nella dottrina. Bisogna avvertire che il legislatore del 1882 riportava interamente un periodo dell'articolo 600 del Codice di commercio del 1865, quando nell'art. 758 dell'attuale Codice di commercio, scriveva " il cancelliere ne dà ricevuta e ne forma uno stato „. La integrale inserzione di quel periodo dell'articolo 600 nel-

(1) L'obbligo del giuramento sulla sincerità e verità del suo credito che il Codice abolito, quello Francese e il Neerlandese impongono al creditore, può servire per quei Codici anche nel caso di smarrimento di documenti da parte del cancelliere, come elemento di prova, per quanto di dubbia efficacia, della reale esistenza ed entità dello smarrito credito.

(2) Il VIDARI (op. cit., vol. VIII, pag. 439, § 4617) e il DE ROSSI (*Il Diritto commerciale* – Rivista, fasc. v, 1883) sciogliendo la questione della contemporaneità della presentazione della dichiarazione dei crediti e dei titoli di questa, secondo il nostro parere, sembrano propendere coll'interpretazione fatta su ciò dall'articolo 761 alla soluzione che noi apprestiamo al proposto dubbio.

(3) Cfr. BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, pag. 46 a 49, n. 20 a 24.

l'articolo 758 del vigente Codice di commercio, ripeteva una fraseologia infetta da gallicismo, malanno questo dovuto alla origine per null'affatto nazionale del Codice del 1865; il quale si presenta come una traduzione, più o meno libera e ben riuscita, del Codice di commercio francese. Ora, l'art. 490 di questo Codice dice: " le greffier *devra en tenir état*, et en donner récépisse „; e i legislatori del 1865, traducendo nell'art. 600 del loro Codice di commercio quella frase, scrivevano: " il cancelliere ne dà ricevuta e *ne forma uno stato* „. Fin qui la poca italianità della lingua poteva passare, ma i legislatori del 1882, dopo quasi venti anni di vera vita italiana, e più che venti anni di studi per donare all'Italia un Codice di commercio che riflettesse genuinamente l'idea commerciale di questa patria del diritto, ripetevano bellamente, senza darsi pensiero di alcuna correzione quello che trovavano nel Codice da abolire, senza vedere che la lingua francese accorda ben altro significato alla frase verbale " en tenir état „, di quello che la sua letterale traduzione " ne forma uno stato „ abbia nella lingua italiana. E per finire con una discussione che ha maggior attinenza con la linguistica e la grammatica che con il diritto e la giurisprudenza, diremo che il legislatore italiano intese, con quel francesismo, imporre al cancelliere l'obbligo di tenere una specie di elenco, d'inventario di tutti i varii titoli che gli vengano consegnati insieme alle denuncie di credito; nell'intento di fornire con esso al cancelliere, come era adottato dalla dottrina francese (3) un mezzo per esimersi dalla responsabilità

che una eventuale dispersione di titoli dovuta ad altra persona che a lui, potesse far ridondare a suo danno. Questo *stato*, adunque, che il cancelliere redige man mano che gli vengono depositati i titoli di credito e le analoghe denuncie, come ogni inventario ben costituito, conterrà tutte quelle indicazioni che il cancelliere crederà opportune per designare meglio la fisonomia di ogni *incartamento* che gli viene depositato, e sarà come una *madre* delle ricevute rilasciate ai creditori depositanti, le quali allora figurano come le *figlie* dell'inventario-stato, per propria garanzia formato dal cancelliere.

La legge, che impone al cancelliere la osservanza di codeste formalità, non dice a cosa sia destinato lo *stato* formato da lui; pure sarebbe stato conveniente che il legislatore che non intese accordare una facoltà ma imporre un obbligo al cancelliere, attribuisse allo *stato*, di cui parla l'art. 758, un qualche valore o lo chiamasse in azione in una qualunque fase della procedura del fallimento; ma noi vedremo che questa è l'unica, la prima e l'ultima volta, che ci sarà dato d'incontrare codesta menzione dell'inventario dei titoli di credito e relative denuncie redatto dal cancelliere. Dunque, per concludere su questo punto, il lettore deve tener fermo che lo *stato* di cui parla l'art. 758 è l'estremo della ingerenza del cancelliere in questa fase della procedura di fallimento, di cui l'estremo opposto è l'obbligo di rilasciare ricevuta ai depositanti. Non crediamo neppur utile di ricordare che il cancelliere, per quanto in questa mansione che gli è affidata non adempia ad un atto proprio del suo ufficio, tuttavia incontra piena e completa la responsabilità nascente dal disimpegno degli atti consueti dell'ufficio suo, oltre quella comune a tutti i depositari qualunque sia la loro condizione, con quella maggiore intensità che la legge sancisce per quelle persone che ricevono depositi, dal fare i quali i depositanti non possono esimersi.

251. *I creditori residenti all'estero e la proroga accordata loro dal giudice delegato.* — Il termine, fissato nella sentenza dichiarativa di fallimento, non potendo eccedere la durata di un mese dalla data della stessa sentenza, doveva il legislatore cercare di misurare il termine utile per la presentazione dei documenti, comprovanti il credito, e della dichiarazione, a seconda della maggior distanza che intercedesse tra il luogo ove si svolge la procedura di fallimento e il luogo dove risieda o sia domiciliato o dimori il creditore.

Tutte le legislazioni hanno adottato questo criterio di misurazione del tempo sulla distanza; e per ciò alcune, come la portoghese, non fissarono alcun termine, ma ne lasciarono la cura al giudice, nel cui arbitrio è rimessa la concessione di un termine maggiore o minore a seconda della distanza. Il Codice della Confederazione Argentina, fatto sulla guida del Codice francese, ha stabilito per tutti i creditori indistintamente il termine di sessanta giorni; l'art. 816 del Codice di commercio dei Paesi Bassi, lascia pure al giudice delegato per la fissazione il termine conveniente, mentre l'Ordinanza germanica del 1877 sul fallimento, nel § 126, stabilisce che il termine per la produzione dei crediti sarà da tre settimane a tre mesi; e la legge austriaca del 1869 relativa al fallimento fissa, nel § 105, il termine generale d'insinuazione dei crediti, prendendo criterio dal domicilio dei creditori noti, in non meno di giorni trenta e in non più di giorni novanta. Tra le legislazioni europee che fissano il termine massimo e minimo per la presentazione dei crediti, è notevole la legge commerciale spagnuola, che all'articolo 1001 dà un termine di sessanta giorni per i creditori residenti al di là del Reno, delle Alpi e nelle isole britanniche; di cento giorni per quelli di altri paesi d'Europa; di otto mesi pei creditori residenti al di qua del Capo di Buona Speranza e del Capo Horn; e di sedici mesi per quelli che dimorano al di là dei due Capi sunnominati.

Il Codice di commercio francese e il Codice italiano del 1865 — i quali non dànno un termine fisso entro cui debbono i creditori presentare i loro documenti, ma lasciano una certa confusione in ciò che riguarda lo stabilimento dei termini di presentazione —stabiliscono la differenza tra i creditori residenti nella nazione, e quelli residenti all'estero; poi fra i creditori residenti nel territorio nazionale distinguono quelli che sieno domiciliati nel territorio del Comune o del mandamento dove avvenne la fallita o dove ha sede il tribunale che la svolge, e quelli che sieno residenti in altri Comuni dello Stato. Però vi ha una differenza, abbastanza rilevante, tra le disposizioni dei due Codici, e che, a veder nostro, rende più pregevole la legge francese. Perchè, mentre quest'ultima all'art. 492 dà un criterio di proroga del termine che può servire per qualunque caso (1), la legge italiana abolita invece, partendo dal termine di venti giorni, di cui si parla nell'articolo 601, primo alinea, accresce, di due, di cinque, di dieci, di quindici giorni questo termine a seconda della residenza del creditore (art. 601). Quanto poi ai creditori dimoranti fuori del territorio dello Stato, le due legislazioni si diversificano ancor più; perchè la legge francese distingue il territorio dello Stato in continentale ed insulare, e invece la legge italiana, quantunque fosse chiamata a reggere territorio suscettibile di questa distinzione, pur tuttavia non vi fece neppure un accenno; poi la legge francese accolse pei rapporti commerciali, le regole fissate pei rapporti giuridici civili! stabiliendo che il termine fissato pei creditori residenti sul territorio continentale dello Stato " ..... sera augmenté conformément aux règles de l'article 73 du Code de procédure civile „ quanto ai creditori su quel territorio non residenti (2); e la legge italiana stabilì, per contrario, che: " Per i creditori che hanno residenza fuori del Regno ma in Europa, il termine per comparire è di novanta giorni. — Per i creditori che non hanno residenza in Europa, il termine è di cento ottanta giorni „.

La legge commerciale italiana del 1882 modificò radicalmente l'antica regola per la fissazione dei termini e riprodusse nell'articolo 759, la disposizione dell'art. 497 del Codice commerciale belga, come aveva riportato nell'articolo 758 la disposizione dell'articolo 600 del Codice abolito, modificata dalla disposizione dell'articolo 496 della stessa legge di commercio del Belgio.

L'articolo 759, che ora si prende in esame, stabilisce che, pei creditori residenti in paese estero, il giudice delegato può prorogare, rispetto ad essi soltanto, secondo le circostanze, il termine per la verificazione dei loro crediti e per la chiusura del processo verbale di verificazione. Di ciò deve darsi speciale avviso a tutti i creditori (3). Ora codesta innovazione introdotta nell'attual legge di commercio italiana, che ha esteso cotanto l'ingerenza, e l'autorità del giudice delegato sulla procedura del fallimento, ha inteso con l'inciso " secondo le circostanze „ dettare la norma

(1) Art. 492: " . . . . . .
" A l'égard des créanciers domiciliés en France hors du lieu ou siège le trihunal saisé de l'instruction de la faillite, ce délai sera augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où siège le tribunal et le domicile du créancier „.

(2) Code de procédure civile français: Art. 71. Si celui qui est assigné demeure hors de la France continentale, le délai sera:
1° Pour ceux demeurant en Corse, dans l'île d'Elbe ou de Capraia, en Angleterre et dans les États limitrophes de la France, de deux mois;
2° Pour ceux demeurant dans les autres États de l'Europe, de quatre mois;
3° Pour ceux demeurant hors d'Europe, en deça du Cap de Bonne-Espérance, de dix mois;
Et pour ceux demeurant au delà, d'un an.

(3) Codice di commercio belga: Art. 497. Se vi sono dei creditori residenti o domiciliati fuori del regno il giudice potrà prorogare il termine della verifica, secondo le circostanze.

secondo cui il giudice delegato può prorogare il termine di cui parla l'articolo 758; e in questo apprezzamento delle circostanze che possono consigliare la concessione di una proroga, è da notarsi che il legislatore non ha fatto al giudice delegato un obbligo di accordare la proroga, ma solamente una facoltà; di cui indubbiamente il giudice potrà o non usare. A questa interpretazione letterale dell'articolo 759, non può certamente adattarsi l'interpretazione dello spirito della legge, nè quella suggerita dalla cognizione dei bisogni della vita commerciale. Che se, ad evitare una soverchia durata dello stato e della procedura di fallimento, fu soppressa dal legislatore del 1882 la precisa fissazione dei termini di verifica pei creditori residenti all'estero, i quali non potranno essere obbligati a presentarsi prima del termine che la legge loro accorda, non per ciò dovevasi abbandonare, con una dizione difettosa della legge, al giudice delegato, oltre lo apprezzamento delle circostanze e su questo la misura del termine da concedersi, anche la facoltà di valersi di questo diritto. E se noi difatti prendiamo l'articolo 759 vediamo che vi si dice che " il giudice delegato *può* prorogare „, rispetto ai creditori residenti all'estero, il termine dell'articolo 758; mentre trattandosi del diritto che hanno tutti indistintamente i creditori a presentare alla verifica le loro ragioni di credito, doveva essere un *obbligo* pel giudice delegato di concedere, valutate le circostanze, la proroga ai creditori non residenti nel territorio nazionale del regno. Se però ricorriamo, per gettare un po' di luce su questo punto, alle ragioni che mossero il legislatore del 1882 alla modificazione radicale della legge commerciale del 1865, troviamo che non vi può esser dubbio, sul valore da accordarsi a quella equivoca locuzione dell'articolo 759. Riguardo ad esso si legge nei verbali della Commissione per gli studi preparatori del nuovo Codice (1): " Un'altra modificazione consiste nella soppressione della distinzione stabilita tra i creditori residenti nel regno e quelli residenti all'estero. Questa distinzione risente di uno stato di cose che ha cessato di esistere. Le barriere che un tempo s'interponevano fra i cittadini dei vari Stati, sono oramai cadute, e i mezzi di comunicazione fra Stato e Stato sono poco meno frequenti che fra le varie parti dello Stato medesimo: anzi, tenuto conto delle condizioni territoriali del nostro paese, i cittadini di uno Stato finitimo, possono trovarsi assai più vicini, e in condizione più favorevole per la corrispondenza col luogo ove siede il tribunale investito della procedura di fallimento, che i cittadini di talune nostre provincie.

" Ciò però non esclude che, nella varietà dei casi, si trovino interessate nel fallimento persone residenti all'estero in paese così lontano, che per esse il termine fissato nella sentenza sia troppo breve. Perciò, rispetto a loro, il giudice delegato può concedere una proroga.

" Ma l'indole eccezionale di questa disposizione fa sì che spesso potrà procedersi, nel fallimento senza applicarla; e l'apprezzamento del giudice delegato offre garanzia sufficiente che i termini da lui concessi non avranno la lunghezza di quelli fissati per regola dall'articolo 601 del Codice vigente (abolito) se non nei rari casi in cui ciò sia indispensabile „. Da questa esposizione di motivi che fruttarono l'articolo 759 si ricava che, pur conservando alla concessione della proroga il carattere facoltativo dipendente dall'apprezzamento del giudice delegato, questi non può però esimersi dal concederla, quando le circostanze del fallimento e la distanza che separa un creditore, dal luogo ove risiede il tribunale investito della procedura del fallimento, la rendano indispensabile. Il Calamandrei (2) pare invece accostarsi ad una opinione più

(1) Tornata 11 marzo 1872 - Verbale 817.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 308, n. 300.

severa; giacchè scrive essere in libera facoltà del giudice delegato di concedere la proroga, nè potere, per l'uso ch'ei faccia di codesta facoltà, mai venir censurato; e il Pagani (1) interpreta pur letteralmente l'articolo 759, aggiungendo che " ..... i creditori quali abbiano residenza all'estero, possono ottenere dal giudice delegato una proroga del termine..... „; mentre il Bolaffio (2) farebbe crederlo, più che altro, un diritto dei creditori all'estero di ottenere la proroga in opposizione ai creditori residenti nel regno, i quali non possono mai in verun caso ottenerla, nè mai può loro esser concessa. Noi insistiamo nel credere che il giudice delegato *debba* ai creditori all'estero sempre concedere la proroga, quando il termine dell'articolo 758 non sia sufficiente per la presentazione dei documenti e della dichiarazione; nè possiamo interpretare che come un pleonasmo, veramente privo di qualsiasi utilità, il periodo del passo surriferito dei verbali della commissione, che dice che " ..... l'indole eccezionale di questa disposizione fa sì che spesso potrà procedersi nel fallimento senza applicarla..... „.

Oltre le ragioni dedotte dalla considerazione dello straordinario sviluppo dei mezzi e dei sistemi di locomozione e di viabilità della odierna vita sociale, per giustificare la riforma dell'articolo 601 dell'abolito Codice di commercio, crediamo opportuno rammentare altre ragioni che sembrano dimenticate dalla Commissione per gli studi preparatori del Codice di commercio vigente.

Queste ragioni sono affatto d'indole economica, o meglio, finanziaria; e sono frutto di quel criterio di risparmio di spese che forma la rotaia su cui cammina il mal connesso convoglio della legge sui fallimenti. I sindaci dell'antica legislazione non avevano un vero diritto a ricevere emolumenti per l'opera da loro prestata nella procedura del fallimento; ma *potevano ricevere* solo una indennità che veniva stabilita dal tribunale sulla relazione del giudice delegato, e che doveva, se era concessa, bastare per tutta la durata del fallimento. Invece nel sistema amministrativo del nuovo Codice di commercio, riguardo alla procedura del fallimento, sappiamo che il curatore deve ricevere una retribuzione, uno stipendio vero e proprio, fissato dal tribunale e misurato sulla entità e durata del fallimento; è un salario adeguato alla prestazione d'opera che il legislatore cercò in ogni caso di ridurre al minimo possibile, per non gravare troppo la massa patrimoniale del fallimento su cui viene prelevata. Ecco quindi che colla modificazione dell'articolo 601, Codice abolito, s'accompagna il criterio di economizzare il tempo concesso ai creditori quanto più sia possibile, e per rendere più rapido l'avverarsi della crisi risolutiva dello stato di fallimento, e per economizzare anche le varie spese che dipendono da una durata maggiore del fallimento; prima fra esse quella resa indispensabile per la retribuzione del curatore.

Riguardo a quelle circostanze che devono essere valutate dal giudice delegato per la concessione della proroga dell'art. 759, esse devono intendersi, più che altro, relative alla distanza del creditore, non residente nel regno, dalla sede del tribunale che è investito della procedura del fallimento, ed ai mezzi di cui questo creditore può, o deve servirsi per venire in persona o far pervenire alla cancelleria del tribunale, senza presentarle lui stesso, la dichiarazione e i titoli di credito, a mente dell'articolo 758. Perchè crediamo che la frase " secondo le circostanze „, inserita dal legislatore nell'articolo 759, debba riferirsi anche a tutte le circostanze che possono aver qualche attinenza con la possibilità del creditore di togliersi dalla sua residenza, per recarsi là

(1) Op. e fasc. citati, pag. 105, n. 66.

(2) *Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. VIII, 1889, colonne 631-632. " Formalità per determinare la data della cessazione dei pagamenti „.

dove si svolge la procedura del fallimento.

La proroga che il giudice delegato può concedere ai creditori residenti all'estero, non giova ai creditori che risiedano nel regno e neppur giova a quei creditori residenti all'estero cui il giudice delegato non abbia creduto di dover accordare un termine maggiore. Così la concessione della proroga assume un carattere prettamente individuale, singolare; non giova, cioè che al solo individuo cui fu concessa nè gli altri creditori possono, per analogia, intenderla estesa anche a loro. A questa conclusione veniamo interpretando, con la scorta dei motivi, lo spirito dell'art. 759; perchè forse, dalla interpretazione letterale si sarebbe tratti ad un apprezzamento diverso; parendo che il legislatore abbia voluto accordare il carattere di una disposizione generale, relativa e favorevole cioè a tutti i creditori, dicendo che se vi sono creditori residenti all'estero, il giudice delegato può prorogare, *rispetto ad essi*, il termine per la verificazione dei crediti.

Noi, come dicemmo sopra, riteniamo che debbasi interpretare in un senso null'affatto generale questa disposizione dell'art. 759.

Qui sorge una questione importante che non troviamo accennata da nessuno dei vari trattatisti italiani e commentatori dell'attuale Codice di commercio, e risolta in una maniera tutt'altro che soddisfacente da una sentenza della Cassazione di Torino (1). La questione la proponiamo direttamente con una domanda: Il termine che può essere prorogato dal giudice delegato qual è? La domanda può sembrare abbastanza oziosa perchè vi risponde direttamente l'articolo stesso 759, che la provoca. Ma noi non possiamo accontentarci della perentoria risposta di quell'articolo, quando troviamo che lo stesso legislatore nell'art. 769 dà una disposizione diametralmente opposta a quella dell'articolo in esame; e fu seguendo il criterio che qui abbiamo delineato, che noi trattammo in questo numero 257 la proroga come concessa sul termine dell'articolo 758 e non su quello a cui allude l'articolo 759. Se noi ricorriamo all'articolo che dà le norme per la pronunciazione della sentenza dichiarativa del fallimento (691) vediamo che il numero 5° e il numero 6° di esso stabiliscono due termini i quali sono bensì l'un dall'altro distinti, ma l'un dall'altro dipendenti così, che un prolungamento portato al primo, necessita un prolungamento del secondo, mentre il rapporto che intercede tra i due numeri non consente il caso inverso. Il numero 5° dell'articolo 691 dice che la sentenza dichiarativa del fallimento, deve " stabilire un termine non maggiore di un mese nel quale i creditori devono presentare nella cancelleria del tribunale la dichiarazione dei crediti „: ed il numero 6° impone al tribunale che pronuncia la sentenza, di " determinare il giorno e l'ora in cui sarà proceduto nella residenza del tribunale alla chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, entro i venti giorni successivi „. Il legislatore, poi, alluse, coll'articolo 758, al numero cinque dell'articolo 691, mentre coll'articolo 759 sembra alludere al numero sesto dello stesso articolo. Poi, all'articolo 769, che è la sola e necessaria conseguenza dell'articolo 759, dice che " i crediti, *per la dichiarazione dei quali fu prorogato il termine secondo le disposizioni dell'articolo 759*, sono suppletoriamente verificati alla scadenza di esso secondo le disposizioni di questo capo „; più avanti il legislatore, nel titolo V dello stesso libro III del Codice, riferendosi ancora ai creditori ai quali fu concessa la proroga del termine, nell'articolo 811 allude, chiaramente, quanto alla verifica dei crediti, al termine dell'articolo 691, n. 6, mentre nell'articolo 812 vi è una allusione abbastanza aperta alla proroga del termine come se questo fosse quello dell'articolo 691, n. 5; e, senza dubbio col-

(1) 10 agosto 1886. " Il Diritto commerciale „ (Rivista), vol. V, col. 804 e seguenti.

l'ultimo alinea dell'articolo 815 si allude a proroghe avvenute sia riguardo all'uno che riguardo all'altro dei due numeri in discorso dell'articolo 691. Poi, l'articolo 763 nel suo ultimo comma allude all'articolo 759, parlando dell'epoca in cui si terrà l'udienza per decidere le controversie sôrte circa l'ammessione dei crediti. Ora, la sentenza citata della Cassazione torinese sembra aver accolto senz'altro l'interpretazione letterale dell'articolo 759, perchè scrive: " Il caso dell'articolo 759 è quello in cui al giorno delle operazioni di verificazione dei creditori, appaiono dei creditori residenti all'estero e per costoro, quel giorno a ciò fissato dalla sentenza, può dal giudice delegato di balzo essere ad altro rinviato... „ (1); ma essa ha completamente dimenticato, che, la efficacia della verificazione dei crediti e la importanza della fissazione della data in cui questa dev'essere iniziata, dipendono assolutamente dalla presentazione della denuncia dei crediti, e dal deposito di titoli che li comprovano, nella cancelleria; ha dimenticato che il numero 5° dell'articolo 691 è quello che comanda il numero 6° dello stesso articolo; ha dimenticato che pei creditori, ai quali fu accordata la proroga, di qualsiasi termine essa sia, devesi fare una particolare e suppletoria operazione di verifica con le norme stabilite negli articoli dal 761 al 768 inclusivamente; ha dimenticato che l'articolo 769 parla di termine prorogato per la dichiarazione dei crediti e non per la verifica, la quale si farà anche col termine prorogato secondo il numero 5° dell'art. 691 e secondo l'art. 758 entro un tempo non maggiore di giorni venti successivi (art. 691, n. 6) alla scadenza del termine prorogato; ha dimenticato che nei motivi dell'articolo in esame, il legislatore dice che: " ..... l'apprezzamento del giudice delegato offre garanzia sufficiente che i termini da lui concessi non avranno la lunghezza di quelli fissati per regola dall'articolo 601 del Codice vigente (abolito), se non nei rari casi in cui ciò sia indispensabile „ (2); e l'art. 601 a cui si riferisce per la identità della materia, il legislatore, parla, non di proroghe della epoca di verifica dei crediti, ma di proroghe dell'epoca fissata dal tribunale per la presentazione in cancelleria della dichiarazione dei crediti e nota relativa. Sicchè la Cassazione di Torino limitandosi a favorire coll'autorità della sua interpretazione la lettera dell'art. 759, senza considerare a quali altre disposizioni di legge quell'articolo fosse legato, non si può dire che sia pervenuta a sciogliere la questione, ed a portare il peso della sua interpretazione in beneficio della dottrina commerciale e dello spirito del legislatore. Il Calamandrei (3) non ha ben afferrato nè una soluzione nè l'altra; egli parla, nello stesso paragrafo e nella stessa pagina, commentando l'articolo 759, e della proroga del termine per la verificazione dei crediti e la chiusura del processo verbale, e della proroga del termine per la presentazione della dichiarazione dei crediti e del deposito dei titoli relativi nella cancelleria del tribunale; evidentemente quest'autore non va oltre la lettera dei due articoli rispettivamente numerati 759 e 769.

L'illustre Vidari, che porta sempre la nota geniale e profondamente scientifica nell'interpretazione della lettera della legge, corresse giustamente una sua prima affermazione per la quale " il termine entro cui deve essere fatta la dichiarazione dei crediti, è perentorio e quindi *improrogabile* „ (4), coll'altra in forza della quale riconosce che il giudice delegato può prorogare rispetto a codesti creditori (i residenti all'estero)..... e nella misura ch'egli crederà conveniente, il termine per la dichiarazione

(1) Sentenza e opera citate, colonna 811.

(2) *Atti della Commissione*, tornata 11 marzo 1872 - Verbale 817.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 308, n. 360.

(4) VIDARI, op. cit., vol. VIII, § 4613.

dei loro crediti (la legge dice inesattamente " verificazione „)....., (1).

Nè qui soltanto si ferma il chiaro professore dell'Ateneo Patavino; che per la logica della proroga così accordata ai creditori residenti all'estero, ei vide la ineluttabile necessità, scaturiente dal rapporto tra i due numeri cinque e sei dell'articolo 691, di prorogare il termine " ..... per la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti.....„(2). Sicchè, colla interpretazione del Vidari, che come abbiamo luminosamente dimostrato è la sola vera e conforme allo spirito della legge, tutt'intero il capo I del titolo II del libro III del Codice di commercio, viene, per ciò che riguarda la sua applicazione, prorogato riguardo ai creditori residenti all'estero, quando il giudice delegato abbia concessa la proroga di cui parla l'articolo 759.

Una differenza rilevante, la quale noi accenniamo soltanto per quelli cui possa interessare qualche notizia sul diritto comparato, corre tra la legge italiana, tanto quella vigente che quella del Codice abolito, riguardo alla condizione che si esigé nei creditori all'estero per la concessione della proroga, ed altre leggi commerciali straniere.

Secondo l'articolo 492 del Codice di commercio francese, i creditori, per godere del beneficio della proroga devono essere " domiciliés hors du territoire continental de la France..... „; e invece pel Codice del 1865 e per il Codice vigente da questi creditori non si richiede se non che sieno residenti all'estero (3).

Ora, quel lettore che sappia quali differenze mantenga la legge tra il domicilio, la dimora e la residenza delle persone, comprende facilmente quanto sia più liberale, e conforme anche alla necessità della vita commerciale, il principio seguìto dal nostro legislatore nel richiedere solamente la residenza dei creditori e non il loro domicilio. Notisi poi che l'articolo 492 del Codice francese in quanto si riferisce all'articolo 73 del Codice di procedura civile connazionale, è in flagrante equivoco con le disposizioni ivi contenute. Perchè, a meno di voler sopprimere ogni differenza nel valore giuridico dei vocaboli " domicilio „ e " dimora „, mentre nell'articolo 492 si parla dei creditori " domiciliés hors du territoire continentale de la France... „ nell'articolo 73 del Codice di procedura civile, si parla per contro della persona che " ... demeure hors de la France continentale... „; e quello che è più maraviglioso è, che nessuno dei molti e valorosi commercialisti francesi abbia rilevato il palese e pericoloso equivoco.

258. *La proroga è comunicata a tutti i creditori.* — Perchè qualunque modificazione all'ordinaria procedura del fallimento interessa tutta la massa dei creditori, così il legislatore volle che essendo accordata la proroga ai creditori residenti all'estero, di ciò si dia speciale avviso a tutti i creditori (art. 759).

Nè il Codice commerciale del 1865, nè quello vigente in Francia contengono alcuna disposizione analoga a codesta del Codice di commercio del 1882. L'utilità di questo disposto della legge, appare piena quando si considera che, avvenendo tutta intera la procedura del fallimento e ciascuna operazione di essa nell'interesse e vantaggio dei creditori, ad essi principalmente devono essere comunicate tutte quelle misure prese dal giudice delegato,

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 435, § 4614.

(2) *Ibidem.*

(3) Il Codice di commercio belga rivolge il beneficio della proroga tanto al creditore residente quanto a quello domiciliato all'estero (497). Il Codice spagnuolo (art. 1001) distingue pure riguardo alla lunghezza della proroga i creditori che dimorano da quelli che risiedono all'estero. La legge austriaca del 1869 sui fallimenti (§ 107) parla dei creditori domiciliati e di quelli dimoranti all'estero.

le quali si dirigono ad arrecare qualche modificazione all'ordinario andamento della procedura. Giustamente il Calamandrei (1) avverte che alla stessa guisa che si devono avvisare della concessa proroga tutti i creditori, dovrebbe anche esserne avvisato il fallito, al quale l'articolo 763 concede pure di partecipare alle operazioni di verifica dei crediti. Però, quantunque il legislatore non ne faccia parola e quindi un vero diritto non si possa riconoscere nel fallito d'essere avvisato, come i creditori; per i frequenti contatti che il fallito può avere coll'organismo amministrativo del fallimento, e con ognuno de' suoi membri, gli sarà sempre facile tenersi al corrente di tutto ciò che si faccia nella procedura della fallita e di tutte le modificazioni che a quella si apportino. Quanto al modo con cui l'avviso verrà dato ai creditori ed alla persona che dovrà trasmettere questo avviso, pare che questo obbligo incomba al curatore, come colui al quale l'articolo 744 ha già imposto un obbligo analogo; quello, cioè, della notificazione ai creditori dell'epoca fissata per la loro prima adunanza; quantunque trattandosi qui di un atto d'autorità giudiziaria dovendo il giudice delegato, per decreto o con ordinanza concedere la proroga di cui parla l'articolo in esame, sembrerebbe più conforme all'indole di questi atti che la notificazione venisse fatta dalla cancelleria del tribunale, tanto più che è alla sede di questa che si depongono le dichiarazioni ed i titoli dei crediti. L'art. 78 del regolamento per l'esecuzione del Codice di commercio indica di quali mezzi debba servirsi il curatore per far pervenire ai creditori l'annunzio della proroga.

Il legislatore ha detto che la concessione della proroga dev'essere comunicata con speciale avviso a *tutti* i creditori. Possono nascere alcuni dubbi intorno alla interpretazione da darsi alla lettera ed allo spirito della disposizione che si esamina, per ciò che riguarda la *quantità* e la *qualità* dei creditori cui dev'essere trasmesso l'avviso in discorso. Non sembra esservi dubbio che la voce " *tutti* „ usata dal legislatore debba intendersi comprendere i creditori tutti della fallita, senza distinzione di qualità. Ma se noi ci volgiamo all'articolo 770 vediamo che la sicurezza della affermazione vien meno. Perocchè ivi si parla di creditori *conosciuti* e *non conosciuti*, accordando loro parità di trattamento per l'esercizio di certi diritti. Si noti che quest'articolo 770 è assai più aderente all'articolo 759, in quanto concede la proroga, di quello che a prima vista appaia. Sicchè, confrontando i due articoli convien dare al vocabolo " tutti „ la intera comprensività di cui è capace, comprensività qualitativa e quantitativa, che dovrebbe raccogliere i creditori conosciuti come i non conosciuti. Ma a questi ignoti creditori come potrà far pervenire il curatore l'avviso della proroga concessa ai creditori residenti all'estero? Come mai ha potuto il legislatore congiungere in una stessa disposizione coll'art. 770, che dipende dall'art. 759, quei creditori i quali sono conosciuti al curatore ed alla amministrazione del fallimento, con quelli che non lo sono? I creditori *non conosciuti* di cui parla l'art. 770, come si vedrà meglio nel commento di questo articolo, sono quelli che non figuravano nè sul bilancio presentato dal fallito, o compilato dal curatore, nè sui libri di commercio o sulle altre carte del fallito, e che avendo in qualche modo avuta notizia del fallimento si presentano alla liquidazione del passivo per esservi ammessi e per partecipare alla distribuzione dell'attivo, tanto nell'epoca della verificazione dei crediti, ma quando essa non è ancora chiusa e senza aver osservato ciò che dispone l'articolo 758, quanto in qualunque altro tempo della procedura del fallimento. Ora, il curatore non è tenuto a conoscere se non quei cre-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 309, n. 361.

ditori i quali perchè figurano sul bilancio o presentato dal fallito, o da lui formato, perchè di loro vi ha un accenno nei libri di commercio o nelle carte del fallito, o perchè egli ne ebbe notizia, indipendentemente dall'esame dei documenti della fallita, poterono da lui essere considerati come facienti parte della massa dei creditori; ma delle altre persone che rimangono celate assolutamente a tutti gli sguardi, e che sfuggono a tutte le ricerche del curatore o degli altri membri della amministrazione, il curatore non potendo averne notizia, nei riguardi dell'articolo 759, deve necessariamente ritenerli inesistenti. Dal che venendo ad una conclusione, si vede che l'articolo 770 che parla di creditori non conosciuti, non può legarsi in ciò all'articolo 759, e che la voce " tutti " usata ivi dal legislatore si riferisce solamente ai creditori conosciuti (1).

359. *La forma e il contenuto della dichiarazione dei crediti.* — " Riguardo alla forma dell'atto, dice la Commissione del 1869, col quale ciascun creditore deve esercitare i suoi diritti per essere ammesso al passivo del fallimento, il Codice vigente (abolito) null'altro richiede, nell'art. 600, se non che il creditore rimetta al cancelliere i titoli del credito, con una nota indicante le somme, delle quali proponesi creditore; ma, giusta l'art. 697, ogni creditore deve inoltre prestare giuramento sulla verità e realtà del suo credito, nella somma per cui fu ammesso. Ciò conduce la Commissione ad esaminare se la formalità del giuramento dei crediti verificati debba conservarsi. Affinchè codesta formalità potesse costituire una guarentigia reale, è certo che tutti i creditori dovrebbero prestarvi adempimento. Ma il bisogno di non moltiplicare i danni, e di non prolungare eccessivamente i termini, indusse la legge vigente a concedere al giudice delegato la facoltà di dispensare certi creditori da quella formalità. . . . . .

. . . . . Perciò la Commissione, accogliendo anche il voto manifestato dall'ultimo Congresso delle Camere di commercio, delibera di sopprimere il giuramento sulla verità ed entità dei crediti, ma, in quella vece, crede necessario di accertare la base della responsabilità che i creditori incorrono nell'insinuare le loro pretese, anche per gli effetti penali da prevedersi nella conseguente riforma dell'articolo 706 del Codice vigente (abolito), col prescrivere che la dichiarazione di ciascun creditore indichi il di lui nome, cognome e domicilio, l'ammontare e la causa del suo credito, i diritti di privilegio, di pegno o d'ipoteca inerenti ad esso e il titolo da cui deriva; e che la dichiarazione dei crediti contenga l'affermazione chiara ed esplicita, che il credito è vero e reale, e dev'essere sottoscritta dal creditore, o da persona a ciò autorizzata con mandato speciale, nel quale sia espresso l'ammontare del credito.

" Per gli effetti poi della conseguente procedura, il creditore domiciliato fuori del Comune in cui risiede il tribunale, dovrà eleggere domicilio nel Comune stesso, se non vuole che le notificazioni posteriori siano validamente fatte nella cancelleria del tribunale " (2). Queste sono le cause che mossero il legislatore a sancire le disposizioni contenute nell'articolo 760, delle quali nessuno pur lontanissimo indizio si ha nel Codice di commercio abolito e nel Codice di commercio francese; i quali ambedue consideravano sufficienti garanzie quelle tentate coll'obbligo del giuramento. Il legislatore del 1882 imitò la disposizione

(1) L'ALAUZET (op. cit., vol. IV, pag. 147, § 1754), attribuisce al cancelliere l'obbligo di avvisare della proroga " tous les créanciers retardataires qui sont connus..... ".

(2) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 11 marzo 1872 - Verbale 817.

dell'articolo 760 dell'attuale nostro Codice di commercio, dalle analoghe disposizioni della legge austriaca del 1869 sui fallimenti (1), e dalla Ordinanza germanica sulla stessa materia del 1877 (2), non che dalla legge inglese sulle bancherotte e i fallimenti del 1869, modificata poi coll'ultima legge analoga del 1883: e riunì in un solo articolo quelle disposizioni che si trovavano sparse in diversi paragrafi di quelle leggi.

Riguardo alla forma che la legge richiede per la dichiarazione dei crediti, è necessario avvertire che essa deve essere stesa, quanto all'estrinseco, nell'ordinaria carta di bollo da lire 3.60; perchè il fisco non sembra aver rinunciato, contrariamente al principio adottato all'articolo 741, alle sue pretese (3). Poi, dice l'articolo 760, che la dichiarazione dei crediti deve contenere ed indicare il nome e il cognome, o la ditta, e il domicilio del creditore, la somma dovuta, i diritti di privilegio, di pegno e di ipoteca, e il titolo da cui il credito deriva. Quindi, è una specie di illustrazione, per sommi capi, delle ragioni di credito della persona che si presenta come creditore del fallito: in questa dichiarazione il creditore non deve omettere nessuna delle indicazioni che la legge richiede; perchè, essendo la dichiarazione il documento che serve di guida alla successiva verifica dei crediti vantati, è necessario che il documento stesso sia redatto in quelle forme precise che il legislatore ritenne utili e sufficienti per le operazioni di verifica.

La dichiarazione è personale: cioè non può ammettersi una dichiarazione collettiva fatta e presentata da' vari creditori, nell'intento di frodare il fisco; una tale dichiarazione sarebbe soggetta a multa, secondo la legge e il regolamento sul bollo; ma non crediamo che essa potesse essere ritenuta nulla, per ciò che concerne la ammessibilità dei creditori che la presentano al passivo del fallimento. Perchè, se al fisco interessa di crearsi un cespite di entrata anche dalla jattura economica che spoglia del loro avere tante persone, non si può, almeno a veder nostro, accordare che il

(1) Legge austriaca sui fallimenti, del 1869:

§ 110. Nella insinuazione si indicheranno la condizione ed il domicilio dell'insinuante, poi l'importo e il titolo legale della pretesa; quindi si addurranno i mezzi di prova sui quali poggia la richiesta, e si allegheranno in originale o copia i documenti.

Pendendo già una causa intorno alla pretesa, deve l'insinuante unirvi le scritture esistenti in sue mani, e proporre che il commissario del concorso ritiri gli atti processuali del giudizio, presso cui si trovano.

Se l'insinuazione viene prodotta per iscritto si deve presentare anche una copia dell'esibito e de' suoi allegati.

§ 111. Devono i creditori che non abitano nel luogo ove ha sede d'ufficio il commissario giudiziale, nè in vicinanza dello stesso, nominare nell'insinuazione un procuratore quivi abitante, per il ricevimento delle insinuazioni; altrimenti sopra proposta del commissario del concorso deputerà ad essi il tribunale del fallimento un curatore a loro pericolo e spese.

(2) Ordinanza germanica, del 1877, sul fallimento:

§ 127. La dichiarazione enuncierà l'ammontare e la causa del credito, come il diritto di preferenza che fosse reclamato, ivi essere presentata per iscritto al tribunale o dichiarata innanzi al cancelliere, che ne stenderà processo verbale. I titoli giustificativi vi saranno aggiunti in originale o in copia.

§ 128. Le produzioni saranno depositate in cancelleria, dove le parti interessate potranno prenderne conoscenza.

. . . . . .

Il Codice di commercio del Belgio fu modificato sull'imitazione della legge austriaca nell'articolo 498, ma vi fu conservata la formalità della prestazione del giuramento.

(3) Cfr. PAGANI, op. e fasc. cit., pag. 105, n. 66. Trib. commerciale di Venezia, 22 aprile 1884 (*Ann. critico*, II, pag. 551). — L'ALAUZET (op. cit., vol. IV, pag. 145, § 1753) mostra che anche in Francia il fisco è fratello carnale del fisco italiano. — VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 437, § 4615, n. — Secondo il BOULAY-PATY (op. cit., vol. II, pag. 6 n. 456), questa pretesa del fisco è un abuso.

solo fatto di una lesione ai diritti fiscali basti per colpire con un danno nuovo e irreparabile il creditore che si rese imputabile di frode a danno del fisco. Lo stesso criterio noi riteniamo debba adottarsi per quelle dichiarazioni presentate individualmente dal creditore ma non stese in carta bollata; militando pure in favore di esse le stesse considerazioni svolte di sopra. Quanto alla pluralità dei crediti denunciati in una stessa dichiarazione da un solo creditore in proprio nome, ciò è prettamente nei limiti della legalità e nel buon diritto del creditore; però ogni dichiarazione, la cui stesa superasse la capacità del foglio di carta bollata, dovrà nelle aggiunte che si rendono necessarie, essere stesa su altri fogli, pure muniti di bollo.

Ed è qui notevole, che, mentre i titoli possono essere presentati indifferentemente in copia non registrata e stesa in carta semplice, e persino sono ammesse le prove di quei titoli (1) quando non sia possibile nè la presentazione degli originali, nè la presentazione delle copie, invece per la dichiarazione dei crediti, la giurisprudenza e la dottrina siansi accordate per non ammettere che la presentazione su carta munita di bollo.

Resta fuor di dubbio che le indicazioni contenute nella dichiarazione non acquistano alcun valore; e che l'attribuzione di un particolare carattere che il creditore faccia in essa ai suoi crediti non implica che nella verificazione il giudice delegato gli accordi il preteso carattere.

260. *Il creditore deve dichiarare il carattere del suo credito. — Il creditore deve sottoscrivere la sua dichiarazione. — Facoltà di accordare mandato speciale a chiunque, per l'affermazione del carattere del credito e per la firma della dichiarazione.* — Nella dottrina e nella giurisprudenza fu già dibattuta accanitamente, e ancora pende insoluta, la questione, se il creditore, il cui credito sia guarentito da ipoteca, vada esente dall'uniformarsi alle disposizioni dell'articolo 760. Una tale questione sembra oziosa al solo leggere l'articolo che ha potuto suscitarla; perchè se nel silenzio del Codice commerciale del 1865 a questo riguardo, poteva appunto essere dubbia la necessità che il creditore garantito da valida ipoteca dovesse presentare la nota e i titoli comprovanti la sua qualità, cioè non è più nel Codice vigente, quando l'art. 760 espressamente dice, che il creditore deve far constare nella sua dichiarazione se il credito di cui propone l'ammessione, sia garantito da pegno, privilegio od ipoteca. Tuttavia, se una sentenza dell'appello di Brescia dell'11 dicembre 1888 (2), ha creduto che " in caso di fallimento i creditori garantiti da ipoteca non sono esenti dall'obbligo di presentare i loro crediti per la verificazione „ e che la Cassazione di Napoli con sentenza 26 gennaio 1888 (3) abbia pure stabilito che " il creditore che non si uniforma alle norme prescritte dagli articoli 760 e seg. Cod. comm., omettendo di indicare e di far determinare con precisione la natura del suo creditore, non può poi pretendere, nella esistenza del concordato, legalmente omologato dal tribunale, di sperimentare le sue ragioni come creditore ipotecario „; già prima, una sentenza dell'Appello di Torino in data 11 febbraio 1885 (4), aveva pronunciato che, essendosi introdotto l'istituto del fallimento per pari-

(1) L'ALAUZET (op. cit., vol. IV, pag. 145, § 1753), e con lui la dottrina e la giurisprudenza francese, scrive: " Les titres peuvent être sur papier non timbré, et il n'est pas nécessaire qu'ils soient enregistrés..... Le créancier au reste, peut établir son droit par correspondance, livres, registres et tout autres moyens de preuve usités en matière commerciale „.

(2) *Il Diritto comm.* (Rivista), vol. VIII, 1889, colonna 58 e seguenti.

(3) *Il Diritto comm.* (Rivista), vol. VI, colonna 722 e seg., 1888.

(4) *Ibid.*, vol. III, 1885.

ficare lo stato di tutti i creditori che si trovano in identica condizione, nessun interesse potevano avere i creditori privilegiati o garantiti con ipoteca a presentare il loro credito per farlo verificare ed ammettere; e su questa sentenza molti autori hanno fabbricata una teoria che intende mettere i creditori ipotecari o privilegiati, di fronte all'articolo 760 in condizione diversa di quella dei semplici creditori.

Ora, noi osserviamo, che la sentenza dell'Appello di Torino, ripeteva le conclusioni a cui era venuta fin dal 22 dicembre 1868 (1), l'Appello di Casale, sotto il regime del Codice abolito; ma se, appunto nell'assoluto silenzio di quel legislatore riguardo agli obblighi dei creditori ipotecari o privilegiati, era possibile che il giudice, considerando la sicurezza peculiare e la facilità di verificazione che presenta un credito privilegiato o garantito da ipoteca in confronto di un credito semplice, interpretasse, favorevolmente a quella classe di creditori la mancanza di tassative disposizioni di legge; questa interpretazione non è più sostenibile, dacchè il legislatore del 1882 appunto nello intendimento di eliminare ogni questione in futuro, sancì la tassativa disposizione dell'art. 760, relativa ai creditori privilegiati o garantiti da pegno o da ipoteca. E contro le aberranti conclusioni della sentenza dell'Appello di Torino, 10 febbraio 1885 (2), vi è il perfetto accordo della miglior dottrina (3); come già contro al giudicato dell'Appello di Casale (4), si era levata la Corte d'appello di Lucca fin dal 29 ottobre 1880 (5). Dunque non è più dubbia la interpretazione da darsi all'articolo 760 per quello che può riguardare la condizione ivi fatta ai creditori ipotecari, privilegiati o garantiti da pegno.

Tutti indistintamente i creditori sono tenuti ad affermare, nella dichiarazione che uniscono ai titoli dei loro crediti depositandoli nella cancelleria del Tribunale, che il loro credito è vero e reale; cioè, che non si fonda su rapporti che possano renderlo nullo fin da principio e che verte su cose o quantità di cose in commercio. Vero è che quest'obbligo fatto dalla legge al creditore può essergli più di danno che di vantaggio; giacchè, mentre non impedisce nel contradditorio con cui si dà opera alla verificazione dei crediti, che quelle qualità che il creditore ha dichiarato esistere nel suo credito, possano venire sconfessate, e quindi sia frustrato lo scopo che il creditore tentava di raggiungere con quella affermazione, può dar luogo in certe estremità a procedimenti penali contro il creditore per iattanza di crediti insussistenti, e alla perdita sicura delle sue ragioni di credito.

Come già si è visto nel brano, che abbiamo riferito intorno all'articolo 760, del verbale della Commissione per gli studi del Codice, l'obbligo fatto al creditore di affermare, chiaramente ed esplicitamente, che il credito è vero e reale, è il surrogato proposto dal legislatore alla antica prestazione del giuramento intorno alla verità ed entità e qualità del credito. E come quella misura, anche questa è diretta ad impedire che persone le quali hanno la certezza che il loro credito è inammessibile, tuttavia vogliano, nella speranza di sorprendere la buona fede o d'abusare della negligenza degli amministratori, del giudice delegato, o degli altri

(1) *Annali*, II, 2, 292.

(2) Citata più sopra.

(3) DALLOZ, op. cit., voce *Faillite*, n. 574, 580, 602, e Sentenze di cassazione ivi citate. — PARDESSUS, op. cit., vol. II, § 1184; BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, n. 426; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 145-146, § 1753; SAINT-NEXENT, op. cit., vol. III, n. 402; VIDARI, op. cit., vol. VIII, n. 4607; CALAMANDREI, op. cit., vol. II, pag. 311, n. 362; PAGANI, op. cit., fasc. cit., pag. 105, n. 66; SRAFFA. Nota alla colonna 58, vol. VII, 1889, della Rivista *Il diritto commerciale*.

(4) Citata più sopra.

(5) *Annali* XIV, II 407.

creditori, insinuare il loro credito per correre l'alea che esso, per quanto invalido od insussistente, possa essere ammesso al passivo.

Però, su questa prescrizione della legge sono a farsi alcune considerazioni non prive di importanza.

Il legislatore dice che il creditore che pretende d'essere ammesso al passivo, deve chiaramente ed esplicitamente dichiarare, affermare che il suo credito è vero e reale. Ora codesta affermazione può essere la fonte da cui sgorghino non pochi equivoci, contraddizioni e difficoltà di applicazione della legge stessa. Perchè non v'ha dubbio, eccetto i casi di aperta malafede e di frode apparente, che ogni creditore ritiene e presume il suo credito, il credito migliore, più fondato, più vero, più reale che esista; ed in questa fiducia, essendo appunto abbandonato a lui il giudizio di quelle qualità del suo credito, e da lui dipendendo in via assoluta la espressione di questo giudizio, ogni creditore è portato, anche nel dubbio, ad affermare chiaramente ed esplicitamente la verità e la realità del credito presentato; tanto più, che codesti caratteri del credito, dipendendo solo dalla materiale esistenza del credito e dei titoli che lo provano, non offrono nella loro essenza, una misura di quantità per la quale possa essere facile, od anche solo possibile, al creditore di constatare la intensità giuridica a cui la disposizione in esame dell'articolo 760 è palesemente diretta.

Se un creditore il cui credito non è munito di pegno o di ipoteca, o non è privilegiato, non potrà attribuire ad esso alcuna di quelle particolari qualità a simili garanzie inerenti, non sarà nelle stesse condizioni il semplice creditore detentore di un titolo nudo, che prova solamente la sua ragione di credito; epperò da questo appare menomato lo scopo, a raggiungere il quale diresse il legislatore la disposizione di cui si viene discorrendo. Appare, altresì, il valore da accordarsi a codesta disposizione; che afferma intero il suo carattere di freno ad un soverchio concorso di creditori del fallito, i quali, o per la natura del loro credito, o per la data di esso, o per la particolare condizione in cui ne fu costituito il titolo, o per qualche altra evidente causa, non possano illudersi sull'esito che attende la loro presentazione al passivo; e quindi tende ad evitare, come inutili, le spese della dichiarazione e l'incomodo del deposito dei titoli comprovanti il credito.

Oltre la affermazione della qualità del credito proposto alla verifica ed alla ammessione al passivo, il creditore, secondo dispone l'articolo 760, deve sottoscrivere di propria mano la dichiarazione dei crediti.

Si comprende che il legislatore abbia preteso la osservanza di codesta formalità per lo scopo di tenere sempre maggiormente legato il creditore che si presenta all'ammessione al passivo, alla serietà della sua dichiarazione e per irretirlo più facilmente, in caso di frode, nelle severe disposizioni penali dell'articolo 865 Codice commerciale (1).

Dunque, come ben avverte il Calamandrei (2), contro l'opinione del Renouard, qui non si tratta di una semplice formalità da osservarsi dal creditore, solo perchè il legislatore senza scopo alcuno la sancì; ma si tratta di un vero e proprio documento, che il legislatore, per scopi particolari di moralità, di pubblico interesse, di serietà e di pena, quando sia del caso, volle munito formalmente di quei caratteri che potevano dargli il massimo di valore: e fu per questo che pretese anche, siccome vedremo meglio

(1) Art. 865. " Sono puniti colla reclusione fino a cinque anni coloro che, senza complicità in bancarotta sono convinti:

. . . . . .

" 2° di avere fraudolentemente proposto nel fallimento in proprio nome o per interposta persona crediti simulati ".

(2) Op. cit., vol. II, pag. 313, n. 366.

più avanti, che qualora il creditore conferisca, per la rappresentanza di sè, mandato ad una terza persona, questo mandato sia un mandato speciale fatto per atto pubblico od anche per scrittura privata, ma riconosciuta da notaro, e che in esso sia precisamente indicata la somma del credito.

L'articolo 760 concede al creditore di delegare un terzo con mandato speciale alla sottoscrizione della dichiarazione; in questo caso, però, la somma del credito proposto alla ammessione del passivo ed alla verificazione, deve essere espressa anche nel mandato.

Abbiamo veduto quello che deve contenere la dichiarazione dei crediti. Ora, argomentando dalla disposizione dell'ultima parte del secondo comma dell'articolo 760, sembrerebbe che il creditore possa solamente delegare ad una terza persona, con mandato speciale, la firma della detta dichiarazione dei creditori. Leggasi l'articolo nel comma in esame, e poi si vegga se altra interpretazione si può accostar meglio alla lettera della legge. Tuttavia sarebbe un peccare di sofisma ed animosità verso il legislatore, se gli si volesse negare almeno l'intenzione d'essersi voluto esprimere meglio di ciò ch'abbia ragionato. La autorizzazione di cui si parla, adunque, va intesa come accordata, non per la sola firma alla dichiarazione dei crediti od alla affermazione della qualità dei crediti, ma anche per la estensione dell'intero documento che raccoglie sia la dichiarazione che l'affermazione. Il mandatario, debitamente munito di un mandato speciale, indicante anche la somma del credito o dei crediti per cui il creditore intende proporsi al passivo, rappresenta interamente il mandante; e, quindi, è tenuto all'adempimento di tutte quelle formalità alle quali dovrebbe uniformarsi il creditore, qualora agisse egli personalmente nell'interesse proprio. Certo che le indicazioni che il legislatore richiede siano contenute nella dichiarazione dei crediti, devono, anche se il creditore si presenta per mandatario, essere le stesse che se si presentasse personalmente, nessuna esclusa, e l'autorizzazione, fatta dal creditore al suo mandatario, dovrà essere accennata nella stessa dichiarazione.

Chiunque può essere dal creditore scelto per suo mandatario, non escluso, dicono alcuni, lo stesso curatore. Perchè, per quanto il curatore, entrando come amministratore nella procedura del fallimento, non dovrebbe, per la suspicione che può far nascere riguardo alla correttezza della sua gestione, aver interessi diretti con la massa del fallimento, come li avrebbe, essendo egli stesso creditore, o rappresentante i creditori, pure il legislatore non ha mai sancito alcuna disposizione proibitiva pel curatore a questo riguardo; riguardo cioè, ad assumere la rappresentanza di creditori del fallito nella procedura del fallimento. Ed il Calamandrei (1) scrive, interpretando in questo senso il silenzio della legge, che " non è dunque oggi incompatibile l'ufficio del curatore col mandato di presentare ed affermare il credito di un terzo „. E basa questa sua conchiusione sulla disposizione dell'articolo 761, secondo la quale è il giudice delegato che fa la verifica dei crediti.

Se non che sembra a noi che questa singolare interpretazione data dal Calamandrei allo spirito dell'attual legge commerciale italiana, si tolga troppo dall'intenzione presumibile e verosimile del legislatore del 1882. Perchè, se ben si osserva che coll'istituire il curatore, sostituendolo all'istituto dei sindaci, le legislazioni che hanno seguito questo sistema, intesero scindere completamente la qualità d'amministratore da quella di creditore della massa, non si può non venire alla affermazione di un principio contrario affatto a quello proposto dal Calamandrei.

Nella legislazione francese e nella ita-

(1) Op. cit., vol. II, pag. 313, n. 367.

ilana, del 1865, gli articoli 462 e 569 rispettivamente, lasciano chiaramente apparire come per la scelta dei sindaci era lecito rivolgersi a persone che, per avere la qualità di creditori, facevano necessariamente parte della massa; e questi articoli accordavano solamente come facoltà eccezionale, di *poter scegliere fra persone estranee alla massa dei creditori*, i sindaci. La ragione di questo disposto, che il Calamandrei sembra aver dimenticato, o quanto meno interpretato in contrario, è quella di assicurare alla massa dei creditori un'amministrazione che, per la identità degli interessi suoi particolari, desse garanzia di bene reggere anche gli interessi altrui, che per la solidarietà di tutti i creditori in una fallita, diventavano interessi particolari di ognuno dei sindaci. Poi, la scelta di creditori per la carica di sindaci era additata come migliore d'ogni altra, dalle disposizioni (articoli 462 e 569 citati) che ammettevano che questi amministratori *potessero* alla fine della loro gestione ricevere una indennità per l'opera prestata; anche in simile disposto lasciando travedere che il legislatore opinava che essendo amministratori, sindaci, persone non estranee alla massa dei creditori, si sarebbe potuto, nell'interesse patrimoniale di tutti i creditori, sorpassare alla indennità finale. Ora, come mai il Calamandrei riferendo che in Francia si è fatta la questione se i sindaci possano presentare e affermare il credito di un altro, come mandatari — questione però che divise in due formidabili schiere avversarie i trattatisti appoggiati volta a volta dalla giurisprudenza, e che è tutt'altro che risolta — dice che un tale dubbio essendo possibile colle legislazioni italiana del 1865 e francese, e che con queste dovevasi risolvere contro i sindaci, trae la conseguenza, già accennata, che il curatore può, senza mancare ad alcun dovere di correttezza, di amministrazione e senza incorrere in alcuna opposizione della legge, rappresentare, agli effetti dell'articolo 760, qualsiasi dei creditori?

Noi invece veniamo alla conclusione diametralmente opposta; e ci sentiamo più fondati nello spirito e nella lettera della legge, di quello che lo sia il Calamandrei approfittando del silenzio di quella. Anzi tutto codesto silenzio è assai meno profondo di quanto suppone il Calamandrei; perchè troviamo che l'art. 714 del Codice di commercio, vuole che il curatore sia scelto tra persone estranee alla massa dei creditori; e poi da tutte le disposizioni relative al curatore raccolte nella Sezione I " Del curatore „ o sparse qua e là per tutto il Libro III del fallimento, non meno che dallo spirito della innovazione coll'istituto del curatore introdotta nella compagine dell'antico diritto commerciale italiano e dai motivi della nuova codificazione, non si può dedurre altro principio se non se questo: essere, per il preciso disposto della legge e per la non dubbia intenzione del legislatore, il curatore sempre estraneo, a qualsiasi interesse patrimoniale della massa dei creditori. Dato questo principio assoluto, quali sono le naturali ed irrefutabili conseguenze? Fra le molte, scegliamo questa, che è del caso. Che il curatore non potendo lui stesso essere creditore della fallita, non potrà mai assumere la rappresentanza di altri creditori, neppure nella verificazione dei crediti.

Poi il Calamandrei dice che le giustissime ragioni elevate in Francia contro la qualità nei sindaci di mandatari di creditori del fallimento per la verifica dei crediti, " .....non valgono più oggi, che la verificazione è fatta dal giudice delegato (articolo 701) „ (1). Come?! Ma basta forse la disposizione del primo alinea dell'articolo 761, ad attribuire senz'altro la verifica dei crediti al giudice delegato mentre essa era attribuita ai sindaci nella legge italiana abolita,

(1) Op. cit., e passo citato.

e lo è tuttavia nella attual legge di commercio in Francia? Vi è un principio che domina tutt'intera la operazione di verifica e che è la base necessaria allo svolgersi di essa; ed è, che la verificazione dei crediti si fa in contradditorio del curatore, perchè " i singoli creditori debbono far valere i loro diritti non già contro il fallito direttamente e personalmente, ma contro la massa dei creditori *rappresentata dal curatore* " (1); e gli articoli 762, 764, 765 e 770, richiedono nelle varie fasi dell'operazione di verifica l'intervento in contradditorio del curatore. Ora come potrebbe avvenire questo dibattito in contradditorio, tra i creditori, che accampano pretese e il curatore che deve provarle limitate o insussistenti, se è il curatore stesso un rappresentante di creditori? Il Calamandrei invero potrebbe opporre che l'articolo 760 non si riferisce all'operazione di verifica, ma soltanto alla presentazione, e redazione della denuncia dei crediti. D'accordo; se non che lo stesso articolo 761, che restringe al solo giudice delegato l'operazione preliminare di collazione dei vari crediti presentati e dichiarati, accorda pure per questa operazione al giudice delegato di ordinare l'intervento del curatore, e la personale comparizione del creditore o di autorizzarlo a comparire per mandatario. Dunque delinea un'eventualità in cui il curatore potrebbe essere contemporaneamente mandatario di un creditore e chiamato dal giudice delegato, come tale, e curatore, e dal giudice come tale chiamato nella verifica di un credito, in cui egli dovrebbe figurare ad un tempo e creditore mandatario, e curatore. La contraddizione e l'insostenibilità dei due uffizi è qui troppo palese perchè sia necessario insistere nella dimostrazione dell'erroneità della tesi del Calamandrei. Quindi crediamo di poter ritenere inapplicabile al curatore, quanto ad essere mandatario di un creditore nel fallimento ch'egli amministra, il disposto del secondo alinea dell'articolo 760.

Nessuna disposizione, nè delle leggi civili, nè delle leggi commerciali, vieta ad un creditore di eleggersi ed autorizzare un mandatario qualsiasi per rappresentarlo in tutte le operazioni del fallimento, nessuna esclusa. Sicchè, non crediamo d'errare dicendo, che quel creditore che ha deferito, con atto valido e mandato speciale, ad un suo rappresentante il mandato di rappresentarlo in tutta intera la procedura di fallimento — cosa che avviene in ogni fallimento —, sia più tenuto, per l'articolo 760 come per l'articolo 761, a nominarsi un nuovo rappresentante od a munire il rappresentante primitivo di un mandato speciale per quelle particolari operazioni; si intende che il mandato, che comprende tutta la procedura di fallimento, si porta ugualmente valido su ciascuna operazione.

Quelle persone che hanno bisogno di rappresentanti nei loro atti, come i minori, non potranno far alcuno degli atti contemplati negli articoli 758, 759 e 760; ma per essi, senza uopo di mandato speciale agirà il curatore o tutore che li integra nella loro vita giuridica: a costui sono imposte tutte le formalità che ai veri e proprî creditori; delle quali la inosservanza produrrà gli stessi effetti che produrrebbe in riguardo ad un creditore in causa propria: solo che, secondo il Calamandrei (2) ed alcuni autori (3), non si potrà applicare con uguale rigore il disposto dell'articolo 760, dove dice, che il creditore deve chiaramente ed esplicitamente affermare che il credito che propone è vero e reale.

261. *Il domicilio del creditore dev'essere nel Comune ove risiede il tribunale. — — Sanzione contro il creditore che a ciò non si uniformi.* — Una disposizione che

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, § 4602.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 314, n. 368.
(3) PARDESSUS, op. cit., § 1185; RENOUARD, op cit., vol. I, pag. 456.

per la locuzione usata dal legislatore sembra assumere un carattere tassativo che invece non possiede, è quella enunciata nell'ultimo comma dell'articolo in esame, secondo la quale il creditore che non è domiciliato nel Comune in cui risiede il tribunale, deve inserire, nella dichiarazione, l'elezione di domicilio nel Comune stesso. Si vede subito che questo disposto che si presenta appunto col carattere della tassatività, non lo può affatto assumere. Perchè il carattere facoltativo di questa disposizione, in favore del creditore, appare alla sola lettura della seconda parte dello stesso comma. L'interesse del creditore, non meno di quello della massa dei creditori e di tutta la procedura del fallimento, richiede che il creditore nella sua denuncia di crediti, si uniformi anche in questa parte alle prescrizioni della legge.

La legge austriaca invece, nella quale pure l'obbligo della elezione di domicilio assume carattere facoltativo, da una disposizione la quale ha una energia indiscutibile per costringere il creditore ad eleggersi quel domicilio che la legge gl'impone; così il creditore, che nella sua dichiarazione di crediti avrà omesso di eleggere il suo domicilio presso qualche procuratore del luogo ove ha sede il tribunale investito della procedura di fallimento, vede il giudice delegato proporre e il tribunale nominargli un particolare rappresentante stipendiato a sue spese. Se, a norma della nostra legge, il creditore non fece la elezione del domicilio, l'unico danno, se pur danno può chiamarsi, che ne risentirà, sarà che in luogo di fargli le varie notificazioni posteriori al suo domicilio, gli verranno fatte alla cancelleria del tribunale dove ha presentata la dichiarazione dei crediti, e depositati i titoli relativi.

Si ricava da questo, che la omissione della elezione di domicilio non è una causa di nullità per la presentazione della denuncia; come non sarebbe causa di nullità la elezione di un domicilio diverso da quello del luogo ove risiede il tribunale investito della procedura del fallimento. Sembrerebbe, invece, che il Vidari (1) ritenesse causa di nullità la omessione dell'elezione di domicilio: perchè scrive che, ove la denuncia non contenga tutte le indicazioni e non consti di tutte le formalità prescritte dall'articolo 760 " ..... il giudice delegato può invitare il denunciante a completare la propria denuncia, od escluderlo addirittura dalla verificazione commessagli ". Dove l'illustre commercialista scovi i germi di questa esagerata ed arbitraria autorità da accordare al giudice delegato, non ci riesce di trovare; perchè una simile interpretazione non può darsi certo all'articolo 727 e seguenti, i quali tutti sono diretti ad altro scopo che a quello che dovrebbero avere per riscontrarvi le cause della interpretazione del Vidari all'articolo 760. Poi, questa interpretazione è tanto meno sostenibile in quanto affetta l'elezione mancata di domicilio, perchè la legge stessa mostra quali saranno le conseguenze che avrà a subirne il creditore che la omise. Dunque non crediamo che il Vidari possa seriamente ritenere fondata quell'autorità che vorrebbe scorgere nel giudice delegato a proposito dell'ultimo comma dell'articolo 760. Il creditore per eleggere domicilio nel Comune stesso ove risiede il tribunale della procedura del fallimento, potrà servirsi di qualsiasi persona che sia domiciliata ivi. Così nella sua dichiarazione di credito indicherà d'aver eletto domicilio presso il Tizio Tale domiciliato nel Comune ove risiede il tribunale; perchè codesta imposizione del domicilio fatta dal legislatore, ha per iscopo di stabilire un recapito sicuro a tutte quelle notificazioni, avvisi, circolari, che potessero, per la verificazione dei crediti, essere trasmessa ai creditori; e per evitare reclami da parte dei creditori ai quali, contrariamente

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 438, § 4616.

la loro diritto, non fossero pervenute tali comunicazioni. La prova di ciò l'abbiamo nella sanzione comminata dal legislatore contro il creditore che non elesse domicilio; a costui non si faranno pervenire in modo alcuno le notificazioni posteriori, ma esse gli saranno fatte presso la cancelleria del tribunale; e con ciò egli perderà il diritto di reclamare pei danni che da ciò provenissero ai suoi interessi.

Art. 761.

I crediti sono verificati dal giudice delegato mediante confronto dei titoli presentati coi libri e colle carte del fallito.

Il giudice delegato può ordinare l'intervento del curatore, della delegazione dei creditori e del fallito; può anche ordinare la personale comparizione del creditore od autorizzarlo a comparire col mezzo di mandatario, prescrivere la presentazione dei libri di commercio del creditore o di un estratto di essi, e sentire qualunque altra persona possa offrirgli notizie o schiarimenti.

Il processo verbale della verificazione dei crediti deve enunciare tutte le operazioni fatte, indicare i nomi delle persone intervenute e riferire le loro dichiarazioni.

Art. 762.

I crediti non contestati, e quelli che dal giudice delegato si reputano giustificati, sono ammessi al passivo del fallimento. Il giudice delegato ne deve fare annotazione nel processo verbale e nel margine dei titoli dai quali derivano, indicando la somma per la quale il credito è ammesso.

Se vi è contestazione o se il giudice delegato non reputa il credito pienamente giustificato, ogni decisione è riservata sino al giorno della chiusura del processo verbale di verificazione, e il creditore non intervenuto in persona o mediante mandatario deve esserne specialmente avvisato dal curatore.

Sommario.

262. *Il giudice delegato nella verifica dei crediti. — Modo della verifica.*
263. *Facoltà accordate al giudice delegato per giungere alla sicura verifica dei crediti, — Le varie persone di cui il giudice delegato può ordinare l'intervento o la comparizione.*
264. *Contenuto del processo verbale della verificazione dei crediti. — Chi stende il processo verbale.*

265. *Crediti che si ammettono al passivo del fallimento. — Crediti non contestati. — Crediti che il giudice delegato reputa giustificati.*
266. *Annotazioni del giudice delegato riguardo ai crediti non ammessi al passivo.*
267. *Sospensione d'ogni decisione riguardo ai crediti non ammessi al passivo.*
268. *Il curatore avvisa* specialmente *il titolare dei crediti non ammessi. — Condizioni richieste per questa misura.*

262. *Il giudice delegato nella verifica dei crediti. — Modo della verifica.* — La sentenza che dichiara il fallimento concede un termine non maggiore di un mese, dalla sua data entro il quale i creditori devono presentare la loro dichiarazione di crediti e depositare i titoli relativi; e un periodo di non più che venti giorni dalla scadenza di quel primo termine, prima che si convochi l'adunanza dei creditori per la verificazione dei crediti.

Ora, nel tempo che corre tra la scadenza del termine entro cui i creditori devono uniformarsi alla disposizione dell'art. 758 e la scadenza del termine di cui parla il numero 6 dell'articolo 691, il giudice delegato ha obbligo di adempiere alle operazioni di cui si tratta nell'articolo 761, che prendiamo ora in esame. Secondo le disposizioni dell'articolo 603 del cessato Codice di commercio, erano i sindaci che, sotto la sorveglianza del giudice delegato, adempivano alla verificazione dei crediti. Tale è pure il sistema della legge commerciale francese secondo il disposto dell'articolo 493: e identici a questo sono, il Codice commerciale belga (art. 502); il Codice comm. di Spagna (art. 1103, 1104, 1109); del Portogallo (art. 1188, 1204) con una leggiera modificazione per quanto riguarda la facoltà di farsi rappresentare per mandatario: identici al Codice portoghese sono: il Chileno (art. 1442 e 1444); il Brasiliano (articoli 842 e 845); quella della Confederazione Argentina (art. 1602, 1605 e 1606); ed imitati dal francese, sono il Codice comm. dell'Imperó turco (art. 200, 202 e 204), e il Codice commerciale dell'antico Kediviato d'Egitto (articoli 298, 303 e 305).

Singolari sono le disposizioni della legge austriaca del 1869. Per questa legge il curatore è tenuto a redigere, scorso il termine per la presentazione ed insinuazione dei crediti, una tabella delle insinuazioni presentate e trasmetterla, per la disamina ed eventuale rettifica, al giudice delegato (commissario del concorso o del fallimento). Ma siccome il creditore, per il § 109 di questa legge deve affermare non solo la liquidità del suo credito, ma ben anco deve indicare in qual rango o classe intende venga collocata la sua pretesa, così il § 113 ingiunge all'amministratore della massa di compilare la tabella delle insinuazioni secondo le classi del fallimento e secondo le rispettive classi o categorie, o secondo il rango che fu chiesto dal creditore: le insinuazioni che hanno lo stesso rango vengono elencate nella tabella secondo l'ordine cronologico della loro presentazione.

Il credito viene riportato sulla tabella con l'indicazione del nome, domicilio, condizione del creditore o del suo mandatario; si indica la data della presentazione e il numero dei titoli o documenti richiesti; l'importo totale del credito avanzato coll'ammontare degli interessi se questi sono chiesti; la qualità affermata del credito e la gradazione domandata. Nella tabella deve essere lasciato per ogni pagina un margine sufficiente per registrarvi la decisione avutasi nella verifica, e per le annotazioni.

Semplicissime sono le disposizioni su questa materia dell'ordinanza germanica (1877) sul fallimento. È il cancelliere il quale, man mano che riceve le dichiarazioni e le produzioni dei crediti, le iscrive su d'un quadro, nell'ordine dei diritti di prelazione reclamati. Questo quadro vien fatto in due copie; una delle quali è comu-

nicata al curatore, mentre l'altra rimane nella cancelleria, durante il primo terzo dell'intervallo fra la scadenza del termine di produzione e il giorno fissato per la verificazione dei crediti, dove le parti interessate possono prenderne conoscenza (§ 118). Il tribunale, poi, fa iscrivere sul quadro il risultato della discussione relativa a ciascuno dei crediti. Il cancelliere fa menzione dell'ammissione sulle cambiali ed altri titoli di credito. L'iscrizione sul quadro compilato dal cancelliere equivale, di fronte a tutti i creditori del fallimento, in ciò che concerne i crediti ammessi, ad una sentenza passata in cosa giudicata, sia per l'ammontare dei crediti, che per il diritto di preferenza che vi si collega (§ 133).

La legge inglese del 1883 sul fallimento non segue, nè riguardo alla presentazione dei crediti, nè riguardo alla loro verifica, alcun indirizzo che possa anche lontanamente assomigliare ai sistemi adottati dalle legislazioni commerciali del continente. L'articolo 37 di questa legge al § 3 stabilisce che fatte alcune poche eccezioni raccolte nei due primi paragrafi dello stesso articolo 37 e relative all'abuso di fiducia (*breack of trust*), ed ai debiti contratti dopo la data della cessazione dei pagamenti (*liability*), tutte le obbligazioni e debiti, presenti e futuri, puri e semplici, o condizionali di cui il debitore fallito si trova gravato quando contro lui vien emessa l'ordinanza di sequestro (*Receiving order* — la nostra sentenza dichiarativa di fallimento), o che egli ha assunti prima della cessazione dei pagamenti, in forza di un contratto anteriore alla ordinanza di sequestro, possono essere ammessi al passivo del fallimento. Secondo il § 4 dello stesso articolo 37, il sindaco procederà ad una estimazione di tutti i debiti od obbligazioni suscettibili d'essere ammesse al passivo del fallimento, le quali, per ragione della condizione o delle condizioni da cui dipendono, o per qualsivoglia altra causa, non hanno un valore liquido. Però il giudizio del sindaco è sottoposto ad appello davanti al tribunale dei fallimenti, in favore di quei creditori che se ne tengono lesi. Il tribunale decide poi inappellabilmente sulla ammissione o reiezione dell'istanza presentatagli (§§ 5 e 6, art. 37).

Il Codice neerlandese, che per tante ragioni si diversifica dagli altri Codici commerciali europei, non contiene alcuna disposizione riguardante i preliminari della verificazione dei crediti che possa essere paragonata alle analoghe disposizioni fin qui esaminate. La Sezione III " Della verificazione dei crediti „ del Titolo I del terzo libro di questo Codice, parla bensì di una lista dei creditori, la quale serve per guida nella verificazione dei crediti, e che nella adunanza di verificazione vien completata, dal giudice delegato, col nome dei creditori ivi non elencati perchè non conosciuti prima d'allora, ma non dice chi abbia redatta codesta lista; essa è stata formata a norma del bilancio o di altri documenti (art. 819) ma non si menziona la persona che deve averla compilata; ed ancora l'articolo 822 parla d'un'altra lista compilata durante la verificazione dei crediti nell'adunanza per questo effetto indetta, ma qui pure non si dice che questa seconda lista debba redigersi durante l'adunanza di verificazione. La legge dà le norme per la compilazione di ambedue le liste.

L'operazione che il primo alinea dell'articolo in esame riserva al giudice delegato, e che costui deve compiere nell'epoca di cui si è parlato più sopra, eccetto per quei crediti che non furono presentati per la concessa proroga secondo l'articolo 759, è una operazione di collazionamento o di confronto. Il giudice delegato esamina le denuncie di credito, i titoli che vi sono uniti e li confronta coi libri e colle carte del fallito, per assicurarsi, il che non è detto dal legislatore, della loro qualità, realtà e verità. Il Calamandrei trova che questa disposizione del vigente Codice di commercio non ha alcuno di quei caratteri di efficacia e di utilità che il legislatore

aveva inteso assicurarle: sopra tutto in vista della imperizia dei giudici delegati nell'esaminare le carte e i titoli di commercio del fallito, il che renderà più faticosa pel giudice delegato la bisogna e meno sicura e meno credibile la verifica (1). Noi non crediamo, d'accordo in ciò col Calamandrei, che la innovazione introdotta dal legislatore del 1882 sulla disposizione dell'articolo 603 dell'abolito Codice di commercio, sia gran che lodevole; tuttavia consideriamo che all'imperizia del giudice delegato il legislatore ha posto rimedio autorizzandolo a farsi quasi coadiuvare, nella collazione dei vari titoli di credito presentati dal curatore, dalla delegazione dei creditori, dal fallito, dal creditore del cui credito si tratta, e, infine, da quelle qualsivoglia persone che possano offrirgli notizie o schiarimenti. Quindi, appunto coll'aver accordata al giudice delegato la mansione della verifica preliminare si volle dal legislatore accrescere a quest'operazione serietà e prestigio; e, coll'autorizzazione, di cui tratta il secondo alinea dell'articolo in esame, si è inteso dal legislatore sopperire all'eventuale inabilità del giudice delegato, garantendogli pur sempre, in quest'ultimo caso, l'alta sorveglianza dell'operazione, così come l'aveva pel disposto dell'art. 603 del cessato Codice di commercio; ed è in questo ultimo caso che trovano collocamento le considerazioni dei commissari del 1872 per gli studi preparatori dell'attuale Codice, ripetute e rafforzate da una sentenza della Cassazione di Roma (2); secondo la quale fu commessa al giudice delegato la verificazione con quegli *estesi poteri* che si ritennero necessari a rendergli possibili le più accurate indagini sulla esistenza dei crediti e colla *conseguente morale responsabilità* dello adempimento di un tale ufficio.

Non crediamo di rammentare che i libri e le carte del fallito sono depositate nella cancelleria del tribunale e quindi a disposizione del giudice delegato che le ritirerà da quell'ufficio, dove le rimetterà finita la verifica e dove rimarranno fino a chiusura del fallimento.

263. *Facoltà accordate al giudice delegato per giungere alla sicura verifica dei crediti. — Le varie persone di cui il giudice delegato può ordinare l'intervento o la comparizione.* — Se l'aver affidato al solo giudice delegato la verificazione preliminare dei crediti, o meglio la collazione delle denuncie di credito e dei titoli in appoggio a quelli presentati, in confronto dell'antico costume di assegnare al giudice delegato solamente un ufficio di sorveglianza, lasciando la materialità dell'operazione ai sindaci del fallimento, apriva l'adito alla possibilità di una verifica monca o con poche garanzie di attendibilità, stante l'eventuale insipienza del giudice delegato in materia di amministrazione e di tenuta di libri di commercio; le disposizioni sancite dal legislatore del 1882 al secondo alinea dell'articolo 761 servono a completare la poca attitudine del giudice delegato in siffatta operazione e ad assicurare una pronta, coscienziosa ed efficace verifica dei crediti. Per cui il giudice delegato, nell'adempimento di questa " ..... operazione delicata insieme e difficile, trattandosi di fare ragione di libri di commercio e di carte di ogni specie del fallimento...; onde emettere un sicuro giudicio sulla verità ed entità dei crediti, non solo dovrà ben di frequente ordinare l'intervento del curatore del fallimento o dei creditori, ma riservare eziandio ogni decisione sopra gran parte dei crediti al giorno della chiusura del processo verbale di verificazione „ (3).

(1) Op. cit., vol. I, pag. 315, n. 370.

(2) *Il Diritto commerciale* (Rivista), Sentenza 25 agosto 1890, Anno VIII, 1890, colonna 854.

(3) Sentenza Appello di Torino, 23 novembre 1885 (*Il Diritto commerciale*, vol. IV, Anno 1885, colonna 228).

La interpretazione che la giurisprudenza dà alla disposizione dell'articolo 761, muta radicalmente la espressione della legge stessa; giacchè mentre in essa si parla di facoltà concessa al giudice di richiedere, ordinare anzi, l'intervento di quelle persone che possono con le loro cognizioni o con le notizie che dànno, fornire schiarimenti utili alla verifica, la citata sentenza stabilisce un sistema ordinario per forza di cui il giudice delegato dovrà di regola valersi della facoltà accordatagli dal secondo alinea dell'articolo 761. Non è questa la prima volta che il legislatore ha data facoltà al giudice delegato di sentire il fallito e qualunque altra persona intorno al fallimento; e il lettore ben rammenta le illustrazioni arrecate su ciò all'articolo 730 che parla di una simile facoltà. E quando il giudice delegato ritenga opportuno valersi delle facoltà di cui parla l'articolo in esame, deve con ordinanza, intimare, a quelle persone che intende sentire, di presentarsi a lui. Se non che diverso è l'esito di quest'ordinanza riguardo alle persone alle quali essa si rivolge. Così la delegazione dei creditori, il curatore, il creditore, una qualsiasi persona cui il giudice delegato ordina di comparire davanti a sè per fornire indicazioni o notizie o schiarimenti necessari od utili alla verificazione dei crediti, non è costretta, nè può esserlo *ope legis*, a presentarsi: e se, quanto al curatore, il giudice delegato potrà in un caso estremo, valersi della facoltà accordatagli dall'articolo 727 secondo alinea, per ottenere la destituzione del curatore recalcitrante, è però completamente disarmato di fronte alla delegazione dei creditori, sia come corpo che come contro ogni suo membro, di fronte al creditore, e di fronte a quelle persone che egli reputi opportuno sentire. Forse potrebbe egli ricorrere alle disposizioni del Codice di procedura penale, per ciò che riguarda quelle persone che invitate a presentarsi all'autorità giudiziaria per fornire notizie, far deposizioni, dare schiarimenti o fare testimonianze, rifiutino di comparire; ma ciò è dubbio possa adattarsi al caso dell'art. 761 alinea 2°, Codice commercio. Invece, quanto al fallito, il legislatore commerciale ha data una sanzione precisa, penale pel caso che rifiuti di presentarsi.

L'articolo 857 ritiene colpevole di bancarotta semplice, e lo punisce di conseguenza, il fallito che senza legittimo impedimento non si è presentato personalmente al giudice delegato nei casi e termini stabiliti, o se, presentandosi, ha dato loro false indicazioni.

Qui pure l'articolo 857 richiama una disposizione dell'articolo 731, per la facoltà del giudice delegato di chiedere, per mezzo del procuratore del Re, al giudice penale competente la concessione di un salvocondotto al fallito; sicchè il fallito latitante, al quale il giudice delegato ordini di comparirgli innanzi, come dall'articolo 761 secondo alinea, non sarà tenuto ad uniformarsi all'ordine del giudice delegato se non nel caso in cui gli sia stato accordato il salvocondotto; e d'altro canto per l'art. 747 ultimo comma, crediamo che il giudice delegato, anche nel caso dell'articolo 761, alinea secondo, possa autorizzare il fallito a presentarsi per mandatario. In questo ultimo caso, quantunque l'articolo 857 non ne parli, non può essere dubbio che il fallito, cui il giudice delegato accordò, ordinandogli di presentarsi a lui, di comparire per mezzo di mandatario, sia a considerarsi come passibile delle sanzioni dell'articolo 857, n. 4, per colpirlo dell'imputazione di bancarotta semplice.

Il giudice delegato può altresì accordare al creditore ch'egli intende sentire, di comparire per mezzo di mandatario; e in simil caso il mandatario dev'essere munito di mandato speciale. Ma il creditore non sarà colpito da sanzione alcuna quando neppur nomini il suo rappresentante e trascuri di presentarsi. Nè crediamo che sia accettabile il criterio dettato del Calaman-

drei (1), secondo cui il creditore indisciplinato, faccia nascere contro sè una grave presunzione a danno del credito presentato.

Oltre la facoltà di ordinare la comparizione di quelle persone di cui si è discorso, ordinanza che, secondo il disposto dell'articolo 910 del Codice di commercio, non è soggetta a richiamo, il giudice delegato può prescrivere la presentazione dei libri di commercio del creditore o di un estratto di essi. Anche a questo riguardo l'adempimento della prescrizione dipende in tutto dalla volontà del creditore dei cui libri di commercio si tratta; il quale, se non vorrà presentarli, non vedrà preso a suo riguardo alcun provvedimento; nè la giurisprudenza italiana ha dato, fino ad ora, un qualsiasi criterio che possa servire di guida alla dottrina nell'avverarsi di un caso simile. Il legislatore, nel sancire le disposizioni del secondo alinea dell'articolo 764, si è fondato ed ha fatto forse troppo a fidanza, sull'interesse personale del creditore, come sul movente più energico per costringere il creditore a non opporsi con la trascuranza o con la denegazione agli interessi della procedura di fallimento. Per questo non volle, nè d'altronde avrebbe saputo, qual via seguire, imporre al creditore qualsiasi coazione, ritenendo più che sufficiente all'uopo quella personale ed intima del proprio interesse. In Francia, sotto il regime dell'antico Codice di commercio, furono rese due decisioni della Cassazione (2), le quali ritennero che il creditore che rifiutasse di presentare, sull'analogo invito del giudice delegato, i propri libri di commercio, o che per evitarsi la presentazione dichiarasse di non averli, per quanto, fossero sufficienti i suoi titoli di credito, dovesse essere considerato come creditore supposto e complice fraudolento nella fallita col fallito stesso, e perdesse ogni diritto d'essere pagato sulla fallita. Il Calamandrei (3) riferendo queste due sentenze della Cassazione francese, trova che esse sono troppo rigorose. Tuttavia, considerando le condizioni di fatto in cui la Cassazione diede quei due responsi, si vede che la interpretazione accordata allora alla legge commerciale, non era estensibile ad altri casi, perchè nella fattispecie eranvi tutti gli elementi i più sostanziali per ritenere fraudolenta la denegazione della presentazione dei libri, o la scusa di non aver tenuto i registri.

A noi piuttosto parrebbe assai pericolosa, per il creditore richiesto della presentazione dei libri, la scusa di non averli. Giacchè non sembra ch'ei potesse sfuggire ad un procedimento per bancarotta semplice, qualora la scusa addotta si fondasse sul fatto preciso della mancanza assoluta dei libri di commercio. Oltre la presentazione dei libri di commercio, ed in sottordine alla facoltà di ordinare ciò, il giudice delegato può ordinare che il creditore presenti un estratto dei libri stessi, un estratto, ben s'intende, di quella parte dei libri ove sono registrate quelle operazioni fatte anteriormente coll'attuale fallito, e che creano pel creditore la ragione e il titolo della sua domanda per l'ammessione al passivo.

Già all'articolo 28 del Codice di commercio, il legislatore ha fatta menzione di estratti dai libri di commercio; ma ivi si parla dell'esibizione di essi libri, ordinata dal giudice d'ufficio o su istanza di una delle parti, nel corso di una controversia " per estrarne soltanto ciò che riguarda la controversia ". La natura dell'estratto di cui parla l'articolo 28 e di quello di cui parla l'articolo 761 è sostanzialmente diversa; perchè il primo articolo impone la esibizione dei libri di commercio, allo scopo di farne un estratto; mentre il secondo non

(1) Op. cit., vol. I, pag. 317, n. 371.

(2) 18 floreale, Anno XII e 25 scorso anno, Anno X; riferite completamente dal BOULAY-PATY op. cit., nota 2ª, pag. 19 e seg., n. 482.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 376, n. 371.

fa dipendere da alcuna esibizione di libri, l'estratto, ma lo propone come surrogato alla presentazione dei libri stessi. Ora si affaccia la domanda: dovrà essere la forma estrinseca di questo estratto di cui parla l'art. 761? Dovrà essere autentico, legalizzato da notaio, redatto secondo le norme prescritte per la presentazione degli atti alle autorità giudiziarie nelle controversie vertenti davanti ad esse, o basterà sia un estratto o in carta semplice spoglio da tutte le formalità che la legge richiede per l'autenticità degli atti? Due sentenze del tribunale di commercio di Venezia, ambedue emesse nello stesso giorno 2 agosto 1884 (1), vennero, indirettamente, a stabilire che gli estratti dei libri di un commerciante, a qualsiasi scopo richiesti, devono essere muniti della *attestazione notarile*, come quella che è la fonte dell'ammessibilità in giudizio di un estratto in luogo dei libri. Inoltre le stesse sentenze vogliono che l'attestazione notarile per rendere accettabile e valido l'estratto si riferisca " ..... oltre che alla conformità dell'annotazione col registro, anche a tutte le circostanze richieste perchè il libro possa servire di prova „; dippiù l'estratto deve contenere " ..... la specifica e tassativa attestazione di tutte e singole le circostanze che la legge richiede „ essendo insufficienti " ..... le generiche dichiarazioni sulla esistenza dei requisiti di legge e sulla perfetta regolarità della tenuta del libro, le quali non possono essere riconosciute e dichiarate che dal giudice „.

Dippiù, una decisione della Suprema Corte di Torino, 6 febbraio 1884, stabilì che nella discussione delle controversie, qualora accada di dover presentare in giudizio estratti di libri di commercio, questi estratti, *oltre all'avere i caratteri di autenticità*, devono essere *desunti da libri tenuti regolarmente nelle forme prescritte dal Codice di commercio*. Ora, senza ammettere una soverchia importanza all'autenticazione notarile degli estratti — la quale servirà a constatare ufficialmente che quell'estratto corrisponde a quella parte od annotazione del libro di commercio di cui riproduce la sostanza, ma non servirà a riconoscere e ad assicurare la realtà del credito portato dall'annotazione, per quanto l'autenticazione debba spingersi fino a constatare la regolare tenuta dei libri di commercio, — non crediamo si possa dubitare, che il creditore a cui il giudice delegato ordini di presentare un estratto de' suoi libri di commercio conforme alla disposizione dell'art. 761, qualora voglia obbedire all'ordine fattogli, debba presentar quell'estratto debitamente legalizzato, autenticato, e ufficialmente attestato dal notaro. Se si dovesse rinunciare a questa formalità, che costituisce la sola garanzia contro le eventuali frodi di un creditore per far passare un credito non ammessibile, nel caso che si richieda la presentazione di un estratto dei libri, nessun freno vi sarebbe più che valesse a costringere il creditore a non tentare frodi a danno della massa del fallimento, e nessuna credibilità presenterebbero tali estratti, che potrebbero essere fantasiosamente creati dal creditore per assicurarsi una ammessibilità che non gli competerebbe.

Il giudice delegato che abbia ordinato ed ottenuto l'intervento dei creditori, della loro delegazione, del curatore e del fallito, procederà nella verifica preliminare in contraddittorio di tutte codeste persone (2), e certamente i risultati di questa prima verifica saranno tanto più attendibili. Però nessuna decisione definitiva può essere presa riguardo a nessun credito; ma tutto vien rimandato alla decisione della adunanza dei creditori ed a quelle misure che in essa il giudice delegato crederà di poter prendere

(1) VIDARI e BOLAFFIO, *Annuario critico della giurispr. comm.*, ANNO II, 1884, pag. 238. Inoltre " Gli estratti dei libri di commercio „. V. MODENA (*Il Diritto commerc.* (Rivista), vol. IV, Anno 1886, Palermo 1886, pag. 647 e segg.).

(2) VIDARI, op. cit.; vol. VIII, pag. 448, § 4412

riguardo ai vari crediti contestati. Se non che parrebbe che, già in questa verifica preliminare, il giudice delegato, come in materia analoga ebbe a pronunciare il tribunale commerciale di Venezia (1), possa eliminare quei crediti che si presentano come insussistenti o insostenibili; ad es., quelli che derivano da atti del fallito, fatti nelle condizioni contemplate dall'art. 707, o quelli che cadono sotto qualche numero dell'articolo 709 e che si presentano privi di qualunque probabilità d'accettazione da parte dell'adunanza dei creditori. Seguendo un tale criterio, al quale il giudice delegato, per le speciali cognizioni tecniche della legge e della sua interpretazione, può venire meglio di ogni altro nell'esame scrupoloso dei titoli e delle denuncie di credito presentate, rimarrebbe sgombra la via al disimpegno più rapido della definitiva verificazione fatta poi in seguito dalla adunanza dei creditori; salvo però sempre al creditore così eliminato, il diritto di far opposizione nei modi, nelle forme e nel tempo dalla legge assicuratogli. Ma di tale questione si parlerà più a lungo nella illustrazione degli articoli seguenti.

264. *Contenuto del processo verbale della verificazione dei crediti. — Chi stende il processo verbale.* — L'ultimo comma dell'articolo 761, mentre parla del processo verbale della preliminare verificazione dei crediti fatta dal giudice delegato e dice quale dev'esserne il contenuto, non accenna in verun modo alla persona che deve redigerlo. Se non che la giurisprudenza ha già sciolto il dubbio che poteva nascere dal silenzio della legge, essendosi stabilito da una decisione della Corte suprema di Torino (2) che il giudice delegato a mente dell'articolo 761, non solo verifica egli i crediti, ma " ..... quel che più monta egli è ivi chiamato a formare processo verbale della verificazione dei crediti, nel quale deve enunciare tutte le operazioni fatte, indicare i nomi delle persone intervenute e riferire le loro dichiarazioni „.

Dunque il giudice delegato è tenuto a compilare *personalmente* il processo verbale della verificazione da lui operata.

È a richiamare a questo riguardo, a titolo di lode, la maggior precisione sulla materia dell'articolo 604 del cessato Codice di commercio, il quale diceva che " *il giudice delegato stende processo verbale della verificazione dei crediti* „; e il Codice nuovo che ha ripetuta la disposizione dell'articolo 604 in quest'ultimo alinea dell'articolo 761, ha ottenuto una minor chiarezza di quella della legge abolita.

Questo processo verbale oltre la enunciazione e descrizione di tutte le operazioni fatte dal giudice delegato per la verifica dei crediti, deve contenere, quando il giudice delegato abbia richiesto la coadiuvazione di altre persone, la indicazione dell'intervento di esse e della qualità colla quale intervennero. Così un creditore, facendo parte della delegazione dei creditori, della quale, ad es., fosse il presidente, se fu invitato come semplice creditore per fornire schiarimenti sul credito da lui avanzato, e contemporaneamente venne interrogato come presidente della delegazione, imponè al giudice delegato l'obbligo di far risultare nel processo verbale la duplice qualità e il doppio servizio, per cui egli figura fra le persone richieste dal giudice delegato. Le dichiarazioni che queste persone faranno, saranno esposte succintamente dal giudice delegato nel verbale.

Una dimenticanza, che si rileva in tutte le legislazioni commerciali che accordano al giudice delegato obblighi e poteri come quelli sanciti dall'articolo 741, e più par-

(1) Sentenza 22 settembre 1884 (*Annuario crit. di giurispr. comm.*, Anno II, 1884), Vidari e Bolaffio.

(2) Sentenza 10 agosto 1886 (*Il Diritto comm.* (Rivista), Anno V, 1877, colonna 809).

ticolarmente dall'ultimo comma di questo articolo, è quella del non aver fatto obbligo alle persone intervenute alla verifica preliminare, pur menzionate nel verbale in cui sono riferite le loro dichiarazioni, di firmare, di conserva col giudice delegato, il verbale; mentre, per lo scopo di avere un documento autentico ed irrefutabile, così come tutti gli intervenuti alla compilazione dell'inventario degli oggetti del fallito, devono sottoscrivere l'inventario stesso (art. 741).

Però, la ragione più evidente della ommissione fatta nelle legislazioni commerciali di codesta formalità, consiste nella considerazione della precarietà del documento che certifica la verificazione preliminare fatta dal giudice delegato. Diffatti, la verificazione definitiva, che è quella in base a cui si ammettono veramente al passivo i creditori che proposero i loro crediti, toglie ogni importanza alla verificazione preliminare ed al verbale di essa compilato. Sul cui valore si potrebbe a lungo discutere pel caso in cui il giudice delegato ommettesse di farvi menzione dell'intervento e delle dichiarazioni delle persone chiamate alla verifica. Ma non si vede a qual conclusione potrebbe condurre una qualsiasi soluzione del quesito; perchè il legislatore non sancì alcuna disposizione che riguardi direttamente od indirettamente lo avverarsi di tale evento, nè dice qual esito possa avere sulla chiusura del processo verbale l'inosservanza delle formalità stabilite dall'articolo 761 riguardo al verbale.

365. *Crediti che si annettono al passivo del fallimento. — Crediti non contestati. — Crediti che il giudice delegato reputa giustificati.* — Se nella verificazione dei crediti il giudice delegato trova che alcuni di essi non si possano impugnare e quindi li riconosca perfettamente accettabili; o se trovandoli pure in qualche modo difettosi, riscontri colla verifica che essi vengono pienamente giustificati od egli tali li ritenga; questi crediti, dice l'articolo 762, sono ammessi al passivo. La legge fa una differenza fra i crediti non contestati e quelli che il giudice delegato reputa giustificati. Ma questa differenza scompare per l'identità dell'esito che attende sia gli uni che gli altri; i quali vengono indifferentemente tutti ammessi al passivo. Ma la legge, colla differenza originariamente stabilita tra le due categorie dei crediti che vengono ammessi al passivo; e nell'apprezzamento che il giudice è portato a fare della qualità e della natura dei crediti stessi, cioè delle caratteristiche, dell'intensità loro, desumibile dall'esame dei titoli presentati colle carte e i libri di commercio del fallimento, ha lasciato completamente libero il giudice delegato? Non è soggetto a seguire alcun criterio fissatogli dalla lettera o dallo spirito della legge, che gli accorda gli ampi poteri enumerati dagli articoli 761 e 762 dell'attuale Codice di commercio? Riguardo alla lettera della legge non v'è dubbio; essa non accenna menomamente al criterio che deve seguire il giudice delegato per ritener sufficientemente giustificati i crediti che intende ammettere al passivo. Invece qualche indirizzo si può avere nell'esame dei motivi del Codice all'art. 762. Perchè il giudice delegato deve essere cauto nell'ammettere al passivo i crediti pei quali nasca qualche dubbio, anche se gli possano apparire sufficientemente giustificati; che se la massima " *in dubiis libertas* " è accordata di spesso al giusdicente nel disbrigo delle controversie in cui l'arbitrio suo ha il sopravvento, qui invece la massima è completamente esiliata, e vien prescritta dal legislatore l'adozione, l'uso, di un principio affatto contrario. Nel dubbio il giudice delegato deve soprassedere ad ogni decisione, e rimandare all'udienza di chiusura del processo verbale, l'ammessione o la reiezione dei crediti contestati; e come dei crediti contestati così è a dirsi di quei crediti pei quali il giudice delegato non

ritenga sufficienti le giustificazioni proposte (1).

Ma dal contesto dell'articolo 762 appare evidente l'allusione al secondo alinea dell'articolo 761. Perchè la distinzione dei crediti che possono essere ammessi al passivo incontestati, ed in crediti che il giudice delegato ritiene sufficientemente giustificati, ammette, non solo una categoria di crediti contestati, ai quali provvede l'articolo in esame nel suo secondo alinea, ma fa luogo alla considerazione del come può darsi che i crediti, di cui il giudice delegato fa la verifica, possano assumere il carattere di contestati e di non contestati. Ed allora il pensiero si volge subito alla facoltà che ha il giudice delegato di ordinare l'intervento del fallito, del curatore, della delegazione dei creditori, allo scopo di esaminare *in contradditorio* con essi, a seconda dei casi, quei crediti che egli ritenga dubbi, e di adottare o non adottare quelle misure che, da queste persone intervenute, possano venire proposte riguardo ai crediti. Ma il legislatore dice di più: dice cioè, o almeno lo fa supporre con la locuzione usata all'art. 762 primo alinea, che i crediti non debbano essere contestati per poter essere ammessi senz'altro al passivo del fallimento. Allora attribuendo alla espressione del legislatore il massimo d'espressività e di comprensività, bisognerebbe venire nella conclusione, che neppur un sospetto dovrebbe essere stato levato nè dal giudice, nè dalle persone interrogate sul credito, perchè esso assumesse il vero carattere di credito non contestato; ed a tutto rigore i crediti non contestati sarebbero soltanto quelli riguardo ai quali, non solo le persone intervenute nella verificazione preparatoria, secondo l'art. 761, non ebbero a muovere alcun dubbio od alcuna eccezione, ma che neppur furono presentati dal giudice delegato alla discussione. Tale può sembrare la rigorosa interpretazione verso cui propende la giurisprudenza, non meno che la dottrina più autorevole, quanto agli articoli 761 a 763.

Pei crediti ai quali il legislatore dà il carattere di giustificati o ritenuti tali dal giudice delegato, si presentano due modi che possono creare codesta qualità in essi. Il giudice delegato può, cioè, non ritenendo sufficienti la denuncia e i titoli presentati dal creditore, secondo gli articoli 758 e 759, ordinare che il creditore, del cui credito egli ha ragione di dubitare, si presenti per dargli quelle notizie, dichiarazioni, schiarimenti che possano servire al giudice ad afferrare una definitiva opinione riguardo al credito stesso. Allora, di fronte alle giustificazioni portate dal creditore, il giudice delegato potrà rimaner convinto della ammessibilità del credito, ed ammetterlo quindi, come sufficientemente giustificato, al passivo; o invece non sarà ancora convinto e allora il credito non entrerà nella categoria dei crediti contestati; ma in una categoria alla quale il legislatore non ha accennato, e che per necessaria inclusione e contrasto si crea, la categoria, cioè dei crediti non ritenuti sufficientemente giustificati, pei quali, come prescrive l'articolo 762 al secondo ed ultimo alinea, ogni decisione è riservata al giorno della adunanza per la chiusura del processo verbale di verificazione. Ma oltre che la ammessione o non ammessione dei crediti sufficientemente o non sufficientemente giustificati mediante l'intervento del creditore interessato; vi è una categoria di crediti pei quali la giustificazione o la non giustificazione, non dipendono affatto dallo intervento del titolare del credito di cui si tratta. Perchè, a differenza della contestazione dei crediti la quale non può

(1) DE ROSSI " Una questione sulla verifica dei crediti nel fallimento „ (*Il Diritto comm.* (Rivista), Anno I, 1883, pag. 308 e segg.). — L. BOLAFFIO " Formalità per determinare la data, ecc. „ (*Il Dir. comm.*, Anno VIII, 1889, colonna 625 e segg.).

avvenire se non vi è collisione tra due persone contrariamente interessate, la giustificazione di un credito si comprende come possibile anche senza l'intervento di persone che possano aver interesse ad ottenere l'ammessione al passivo del credito stesso. Ciò nel caso in cui il giudice delegato, senza ordinare l'intervento del creditore interessato o del suo rappresentante, dall'esame dei titoli presentati o dei documenti a quei titoli relativi, non acquistando sufficiente convinzione sull'accettabilità dei crediti, non li ammetta; ed allora quei crediti così reietti dalla verificazione preparatoria e dall'ammissione precaria da quella derivante, verranno portati senz'altro alla decisione dell'adunanza dei creditori per la chiusura del processo verbale di verificazione.

Qui potrebbe chiedersi se il creditore, il cui credito, presentato secondo il disposto degli articoli 758 e 759, non fu reputato dal giudice delegato munito di bastevole giustificazione per ammetterlo al passivo nella verifica preparatoria, possa pretendere che a suo riguardo il giudice delegato si valga della facoltà accordatagli dal secondo comma dell'articolo 761 per richiedere l'intervento del creditore del cui credito si tratterebbe. Ma qui è perentorio l'*ubi voluit*. Quindi nel silenzio della legge non si può aggiungere alla interpretazione che dell'articolo 761 si fece nei numeri che precedono, null'altro: tanto più che nessun danno è per derivarne al creditore che si trovi in queste condizioni, avendo egli libertà intera di presentare del suo credito tutte le giustificazioni che reputerà opportune, prima della definitiva chiusura del processo verbale di verificazione.

266. ***Annotazioni del giudice delegato riguardo ai crediti non ammessi al passivo.*** — Nel margine dei titoli da cui derivano i crediti, e nel processo verbale, il giudice delegato, dice l'articolo **762**, deve fare annotazione dell'esito della verifica e indicare la somma per la quale i crediti sono ammessi. La annotazione che la legge richiede sul margine dei titoli, non è tassativa riguardo alla località dove, sul titolo stesso, dev'essere stesa. Così non sarà un ostacolo ad intendere adempita la prescrizione dell'art. 762, l'annotazione fatta sul titolo, ma altrove che sul margine; perchè lo scopo della annotazione sui titoli essendo che " ..... questi abbiano in se medesimi, senza bisogno di altro documento, la prova dell'ammissione del credito „ (1), si comprende come tale scopo sia ugualmente raggiunto, dovunque sia stata fatta la annotazione (2). Inoltre, la voce " titoli „ qui usata dal legislatore, va intesa non nel senso strettamente giuridico che si può attribuirle, ma piuttosto come voce dimostrativa dei documenti presentati dal creditore, in prova delle proprie ragioni verso il fallito. L'annotazione vien fatta soltanto riguardo ai crediti non contestati od ammessi al passivo perchè dal giudice delegato reputati sufficientemente giustificati; ed essa comprende la indicazione della somma per la quale furono ammessi. Il legislatore, esigendo l'indicazione della somma per la quale il credito fu ammesso, ha alluso alla facoltà del giudice delegato di ammettere al passivo soltanto in parte i crediti presentati, facoltà della quale però non ha mai fatto parola, e che, forse, risale, per analogia, a quella che ha il curatore di compilare o rettificare il bilancio indicando approssimativamente le somme dei crediti. Ciò può avvenire particolarmente a quei creditori che presentano parecchie ragioni di crediti diversi, sicchè possano essere ammessi per alcuni, e per altri non ammessi, e la somma indicata, secondo è prescritto nel-

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 318, n. 373.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 444, § 4620.

l'articolo 759 per la forma intrinseca della dichiarazione dei crediti, non sia più quella per la quale il creditore viene dal giudice delegato ammesso al passivo.

La somma per la quale il creditore viene così iscritto nel verbale di verificazione dei crediti, lascia, come ben si comprende, impregiudicata la questione che riguarda l'ammessione all'attivo e la distribuzione di questo ai creditori.

L'annotazione marginale dev' essere la stessa di quella scritta nel verbale riguardo al creditore del cui titolo si tratta; così come la stessa identità deve reggere la somma indicata sul titolo e quella indicata sul processo verbale.

2671. *Sospensione d'ogni decisione riguardo ai crediti non ammessi al passivo.* — Abbiamo già veduto che la legge esige che il credito, per essere ammesso al passivo, non sia contestato o sia ritenuto dal giudice delegato giustificato. Il secondo comma dell'articolo 762 ordina la materia riguardante i crediti che non furono ammessi al passivo. Questi, pur menzionati nel verbale di verificazione, vengono rimandati per ogni decisione al giorno della chiusura del verbale di verificazione. Però, mentre il legislatore, nel primo alinea dell'articolo in esame, parlava dei crediti " che dal giudice delegato si reputano giustificati „, nel secondo alinea mette la condizione " ..... se il giudice delegato non reputa il credito *pienamente* giustificato „. Ognuno vede quanto maggior rigore si contenga nella seconda disposizione in confronto della prima; che, se nell'una la persuasione favorevole del giudice delegato è richiesta come dipendente dall'intima convinzione di lui, nell'altra sembra che l'intima convinzione del giudice delegato perda del suo valore e si richieda, invece, una convinzione, diremo esteriore, basata sulle prove materiali irrefutabili, più che sull' apprezzamento delle prove stesse.

Se non che una tale questione è oziosa, quando si pensi che l'uno e l'altro comma dell'articolo in esame sono vicendevolmente completati; e che la maggior precisione e il maggior rigore deducibili dalla locuzione del secondo alinea, perfezionano ed accrescono la intensità della mente del legislatore, coperta nella espressione del primo alinea.

La decisione riservata, riguardo ai crediti contestati o non ritenuti completamente giustificati dal giudice delegato, al dì della chiusura del processo verbale di verificazione, chiusura che avviene in contraddittorio di tutti gli interessati, non deve far luogo alla interpretazione che i crediti pei quali non fu negata l'ammessione, siano inoppugnabili, ed acquistino, pel solo fatto della decisione a loro favorevole del giudice delegato, un diritto assoluto alla conservazione nel passivo del fallimento.

Anche i crediti ammessi al passivo conformemente all'articolo 762 primo alinea, cadono sotto le disposizioni dell' art. 763 riguardanti appunto il contraddittorio degli interessati nel giorno della adunanza per la chiusura del verbale. E cadono sotto questo contraddittorio tanto se la annessione preliminare avvenne in contraddittorio a seconda delle facoltà concesse al giudice delegato dall'articolo 761 secondo comma, quanto se, invece, furono ammessi, senz' intervento d'alcuno, liberamente dal giudice delegato (1). Quindi, la sospensione d'ogni decisione, di cui parla il secondo comma dell'articolo in esame, riguarda solo la ammessione preparatoria o preliminare e non pregiudica quelle decisioni che potranno prendersi riguardo ai vari crediti, ammessi o non ammessi, nella adunanza di chiusura del verbale di verificazione (art. 763).

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 446, § 4621.

288. *Il curatore avvisa* specialmente *il titolare dei crediti non ammessi. — Condizioni richieste per questa misura.* — Una prova dell'impero dell'articolo 763 su tutto ciò che riguarda la verifica e l'ammessione dei crediti al passivo, l'abbiamo nella disposizione raccolta nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 762. Diffatti, l'avviso della non avvenuta ammissione, che deve essere dato al creditore non ammesso, non ha altra ragione all'infuori di quella che dipende dal diritto dello stesso creditore di presentare, nell'adunanza di chiusura, tutti quei documenti, prove, schiarimenti, relativi al suo credito, che potrà raccogliere per ottenere la detta ammessione. Se non che, il legislatore, riconoscendo nel creditore il diritto di essere avvisato della sorte toccata al suo credito, ed avendone dato incarico al curatore il quale, avvisato di ciò dal giudice delegato, deve trasmetterne l'avviso all'interessato, ha creata una distinzione tra il creditore che non intervenne alla verifica preliminare, e quello intervenuto in persona o per mezzo di mandatario. Di ciò è troppo evidente la ragione, perchè sia utile spendervi intorno molte parole per illustrarla.

Il creditore che non è intervenuto personalmente o per mezzo di mandatario, non può conoscere in modo alcuno, od almeno senza troppe difficoltà, quale accoglienza abbia riservato il giudice delegato al suo credito; e quindi, mancando di notizie non potrebbe provvedere convenientemente al suo interesse. Invece il creditore intervenuto conosce, non solo la sorte del suo credito, ma si trova anche in condizione migliore del creditore al quale la notizia vien trasmessa dal curatore; perchè, essendo stato presente all'esame de' suoi titoli ed avendo di già proposte al giudice delegato, intorno ad essi quelle giustificazioni che credette più opportune, conoscerà perfettamente qual via dovrà seguire, davanti all'adunanza di chiusura, per vincere la opposizione già anticipatamente fattagli dal giudice delegato; mentre l'altro creditore, quantunque avvisato, non sa in qual punto il giudice delegato invalidi di preferenza il suo credito, ammenochè non si voglia ritenere il curatore obbligato a fornirgli, insieme all'avviso della sospensione, anche gli schiarimenti sulle cause che la provocarono.

La legge, dunque, fa differenza soltanto tra creditore intervenuto personalmente o per mandatario, e creditore non intervenuto. L'intervento di cui parla l'articolo 762 secondo comma, è quello che può essere ordinato dal giudice delegato, valendosi della facoltà accordatagli dall'articolo 761 secondo alinea; e siccome nell'esame di quell'articolo abbiamo veduto che l'intervento non è obbligatorio per il creditore benchè ne abbia ricevuto invito, così crediamo che il disposto dell'articolo 762 debba intendersi riferito, non al creditore che invitato non intervenne, ma sibbene al creditore che annuì alla richiesta del giudice delegato, e che è, per ciò, a conoscenza dell'esito avuto dalle sue ragioni di credito; essendo il disposto di cui trattiamo fondato sul fatto effettivo della mancata presenza alla verificazione preparatoria.

Qualora il curatore mancasse all'obbligo suo di avvisare il creditore non ammesso al passivo o per colpa sua l'avviso trasmesso al creditore non pervenisse, sarà responsabile dei danni che dalla sua dimenticanza o negligenza potessero pervenire al creditore stesso; e contro di lui potranno essere proposte e prese quelle misure disciplinari che il Codice di commercio dispone in casi analoghi.

Riguardo ai creditori, i quali non elessero domicilio nel Comune ove ha sede il tribunale investito della procedura del fallimento, l'avviso viene fatto nella cancelleria del tribunale stesso (art. 759). Qui sembra dubbio, se, giuridicamente, la voce " notificazione " usata dal legislatore all' articolo 757 ultimo comma, equivalga alla voce avviso usata nell'ul-

timo comma dell'articolo 762. Ma la dottrina più seguita (1) non rileva differenza di sorta fra le due voci a questo riguardo. Giacchè realmente una differenza sostanziale non si saprebbe riscontrarvi. Però è da avvertire che l'articolo 905 del Codice di commercio toglie molto della sua attendibilità a tale soluzione. Ivi, parlandosi della ne essità di far constare che la persona che doveva essere sentita fu debitamente citata od avvertita, e dippiù nell'articolo 906 imponendosi al curatore l'obbligo assoluto di dare ai creditori speciale avviso, quando ciò sia necessario, o dalla legge ordinato, non si sa ben chiaramente comprendere, come, seguendo le norme dell'ultimo comma dell'articolo 759 possa essere osservato ciò che questi due articoli prescrivono.

L'articolo 78 del Regolamento per l'esecuzione, confrontato coll'articolo 906 del Codice, dà al curatore le norme a seguirsi per la trasmessione dell'avviso al creditore.

Art. 763.

Nel giorno fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento per la chiusura del processo verbale di verificazione, il giudice delegato, colle facoltà conferitegli nell'articolo 761, procede, in contraddittorio degli interessati, all'esame di tutti i crediti contestati, ed anche di quelli già ammessi, sui quali sorga contestazione.

Il fallito e i creditori, i cui crediti siano verificati o soltanto portati in bilancio, possono assistere ed opporsi alle verificazioni fatte o da farsi.

I crediti non contestati, o che da tutti gli interessati si riconoscano giustificati, sono ammessi al passivo del fallimento nel modo indicato nell'articolo precedente.

In caso di contestazioni, se i crediti contestati sono commerciali, il giudice delegato decide con una sola sentenza le controversie riguardanti quelli che per valore non superino la competenza del pretore, salvo appello al tribunale; per gli altri rimette le parti a udienza fissa dinanzi al tribunale.

Se i crediti contestati sono civili, il giudice delegato, qualunque sia la somma controversa, rimette le parti a udienza fissa davanti al tribunale civile del luogo in cui è istituito il giudizio di fallimento. Nel solo caso in cui niuno dei crediti contestati ecceda la competenza del pretore, le parti sono rimesse davanti al pretore o ad uno dei pretori del luogo medesimo.

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 319, n. 374.

L'udienza dev'essere stabilita entro quindici giorni dalla chiusura del processo verbale, ancorchè non fossero scaduti i termini prorogati secondo le disposizioni dell'articolo 759.

Art. 764.

Dopo la chiusura del processo verbale di verificazione, le dichiarazioni di crediti e le opposizioni contro le dichiarazioni od ammissioni di crediti già avvenute devono essere notificate al curatore ed ai creditori dei quali s'impugnano i crediti, e depositate nella cancelleria coi documenti ai quali si appoggiano, almeno due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione delle contestazioni. In difetto di precedenti contestazioni, l'udienza dev'essere fissata entro un termine non minore di cinque e non maggiore di quindici giorni dalla chiusura del processo verbale suddetto.

Sommario.

269. *I nuovi obblighi del giudice delegato secondo l'articolo* 763. — *Il giudice delegato in funzione nel giorno dell'adunanza per la chiusura del processo verbale.* — *Epoca di questa adunanza.* — *Esame di tutti i crediti.* — *Contraddittorio degli interessati: Chi sono costoro.* — *Come si applichino dal giudice delegato le facoltà concessegli dall'articolo* 761.
270. *Facoltà del fallito e dei creditori d'assistere ed opporsi alle verificazioni.* — *Cattiva locuzione della legge.* — Quid *riguardo al curatore.*
271. *Ammessione al passivo di crediti non contestati.* — *Valore della frase: " che da tutti interessati si riconoscano giustificati ".* — *Modo dell'ammessione.*
272. *Crediti commerciali contestati di valore non superiore alla competenza pretoria* — *Decisione del giudice delegato ed appello al tribunale.*
273. *I crediti commerciali contestati superiori alla competenza pretoria.*
274. *I crediti contestati civili e gli obblighi del giudice delegato.*
275. *La competenza pretoria per valore, riguardo ai crediti civili contestati.*
276. *Epoca dell'udienza fissa per la decisione dei crediti contestati.*
277. *Sistema della presentazione delle dichiarazioni di crediti e delle opposizioni, dopo la chiusura del processo verbale.* — *Epoca del deposito in cancelleria.*
278. *L'epoca dell'udienza per la decisione delle controversie posteriori alla chiusura del processo verbale.*

269. *I nuovi obblighi del giudice delegato secondo l'articolo* 763. — *Il giudice delegato in funzione nel giorno dell'adunanza per la chiusura del processo verbale.* — *Epoca di quest'adunanza.* — *Esame di tutti i crediti.* — *Contraddittorio degli interessati.* — *Chi sono costoro.* — *Come si applichino, dal giudice delegato, le facoltà concessegli dall'articolo* 761. — Il sistema adottato dal legislatore del 1865 sulla verificazione dei crediti, presentava non poche anormalità e contraddizioni che il legislatore dell'attuale Codice di commercio tolse, almeno in parte, col dividere nettamente

in due stadi l'operazione della verifica, e che coll'attribuire caratteri e formalità ed importanza diversa a ciascuno di essi. Sostanzialmente fu conservato alla verificazione dei crediti il complessivo svolgimento, ma ne furono mutati in parte gli organismi, in parte migliorati, in parte destinati ad altre mansioni; da queste modificazioni scaturì un sistema di verificazione dei crediti, che in confronto di quello del 1865 sembra avere, almeno, il pregio della semplicità.

Il Codice di commercio francese conserva tuttora il sistema del nostro antico Codice, ch'era stato riprodotto da quel modello; e gli altri Codici d'Europa, che furono formati ad imitazione del Codice francese, ne presentano tutti i difetti, e poche trascurabili modificazioni fatte allo scopo di adattarli ai popoli de' quali sono diretti a regolare la vita commerciale.

Un sistema assolutamente diverso da quello della legislazione francese ed affini, è quello della legge austriaca del 1869: la complessità e la difficoltà che presenta la laboriosa procedura di verificazione accolta in quella legge richiederebbero da sole una lunga disamina, che qui risulterebbe fuor di luogo.

Il § 129 di quella legge addossa al creditore, il cui credito sia impugnato, la cura d'incamminare il processo particolare per difendersi dalla opposizione; e deve provare d'aver incoata la lite per poter esser compreso nel progetto di riparto dell'attivo (§ 175). Negli altri paragrafi, dal § 114 a tutto il § 136, sono date altrettante disposizioni relative alle offese e difese da proporsi da chi abbia interesse ad allontanare un credito dall'ammissione al passivo, contro chi abbia interesse a non vederlo accolto.

Sistema più semplice, ma forse meno perfetto, è quello dell'ordinanza germanica del 1877 sui fallimenti. Istituisce col § 134 una vera azione in favore dei creditori i cui crediti sono contestati, per provare il buon diritto del credito proposto; il § 136 accorda al tribunale della lite la facoltà di fissare, secondo il suo libero apprezzamento il valore dell'oggetto della lite stessa, quando questa abbia per oggetto l'esistenza del credito o il diritto di prelazione del credito, avendo però riguardo al rapporto proporzionale dell'attivo e del passivo della massa. La legge austriaca vuole che il giudice delegato (*Konkur's Kommissar*) presieda e diriga la verificazione dei crediti; invece non si comprende chiaramente a chi la legge germanica deleghi una tale mansione: perchè vi è chiamato il tribunale del fallimento, ma non è detto, se la verificazione si faccia così davanti al tribunale in udienza ordinaria, o se il tribunale possa delegare ad alcuno dei suoi membri il disimpegno di quell'ufficio.

Il Codice di commercio dei Paesi Bassi non ha adottato la verifica preparatoria; però fa presiedere dal giudice delegato l'adunanza dei creditori convocata per le operazioni di verifica dei crediti (art. 818); conserva l'obbligo del giuramento solo nel caso in cui gli oppositori all'ammessione di un credito richiedano che il titolare di quello lo presti, in prova della sincerità del credito (art. 823); nelle contestazioni, nelle quali le parti contendenti non accedano ad una conciliazione, il giudice delegato rinvia le parti per la decisione ad udienza fissa dinnanzi al tribunale (art. 825); l'adunanza viene allora rinviata e si radunerà di nuovo in un giorno fissato dal giudice delegato dopo la decisione sulle contestazioni e dopo che la sentenza emessa in proposito avrà acquistata forza di cosa giudicata.

Adunque pel sistema dell'attual Codice di commercio italiano " .....la verificazione, propriamente detta, dei crediti si fa nel giorno della chiusura del processo verbale relativo. Le operazioni preliminari del giudice delegato servono unicamente a mettere da parte quei crediti che non presentano difficoltà, affine di semplificare ciò che deve esaurirsi nel giorno fissato per la

chiusura del processo verbale. Anche la detta chiusura si fa dal giudice delegato, e ben s'intende che, qualora le operazioni relative non possano compiersi in un solo giorno, dovranno continuarsi senza interruzione nei giorni seguenti non festivi... „ (1). Il giudice delegato che vien chiamato dal Codice attuale, come già dal legislatore del 1865, a presiedere e dirigere l'adunanza dei creditori per la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, procede, in contradditorio degli interessati, all'esame di tutti i crediti; e il legislatore, per evitare qualsiasi restrittiva interpretazione, parla di tutti i crediti contestati, come di quelli già ammessi al passivo; già ammessi, cioè, nella verifica preliminare fatta dal giudice delegato. Il giorno in cui si fa luogo a questa definitiva verifica è quello fissato dall'articolo 691 al numero 6; e non può essere ulteriore di più che 50 giorni alla data della sentenza dichiarativa del fallimento. Il giudice delegato non può esimersi dall'ufficio assegnatogli dall'articolo in esame; nè può accettare, ricusare o richiedere l'intervento dei creditori del fallito, o del curatore, a seconda che tale intervento possa sembrargli opportuno. Perchè, se l'articolo 763 dice che il giudice delegato procede alla verifica definitiva " colle facoltà conferitegli dall'articolo 761 „, convien interpretare col dovuto acume questo inciso della legge per non cadere in errori, che il legislatore non potrebbe di buona volontà sofferire.

L'aver detto che le facoltà di cui può usare il giudice delegato nelle operazioni del primo comma dell'articolo 763, sono quelle di cui fu rivestito coll'articolo 761, può, di vero, far supporre, fra l'altro, che il contradditorio degli interessati, che l'articolo 763 intende obbligatorio per la verifica definitiva, sia invece provocato facoltativamente dal giudice delegato, appunto per la facoltà regolata dall'art. 761 secondo comma. Ed è tanto più sostenibile l'equivoca ed aberrante interpretazione dell'inciso in disamina dell'articolo 763, in quanto che l'articolo 761 parla di facoltà, attribuendole al giudice delegato nel solo suo secondo alinea. In quanto che sia il primo che il terzo non una facoltà, ma un dovere imprescindibile riguardo alla verifica dei crediti, fanno al giudice delegato; onde riesce poco chiaro quali saranno le facoltà concessegli coll'articolo 761, che il giudice delegato potrà usare nel rendere attuosa la disposizione dell'articolo 763. Il Calamandrei (2) non sembra aver ben colto il punto debole nascente dall'applicazione dell'inciso dell'articolo 763 relativo al richiamo dell'articolo 761, alle operazioni a cui per lo stesso articolo 763 procede il giudice delegato. Perchè il citato autore, non vedendo, e in ciò giustamente, che l'articolo 761, concedesse al giudice delegato nessun'altra facoltà all'infuori di quelle raccolte nello articolo stesso al secondo alinea, riprodusse addirittura, come specchio di quelle cotali facoltà, additate con l'inciso dell'articolo 763, intero il secondo comma dell'articolo 761. Ora, come può essere una facoltà del giudice delegato quella di ordinare, nelle operazioni dell'articolo 763, l'intervento dei creditori o del fallito, o del curatore, quando lo stesso articolo 763, immediatamente dopo la scrittura dell'inciso incriminato, dice, con non dubbia intenzione, che il giudice delegato procede alla nuova verifica *in contradditorio degli interessati?* Qui l'indole della disposizione che riguarda gli interessati, non può lasciar nascere sospetti circa alla qualità delle persone che sono *gli interessati* del legislatore, nè riguardo al modo con cui codesti interessati v'interverranno. Perchè, quanto ai creditori, ove non bastasse, per scorgere il completo carattere indipendente e facoltativo del loro intervento in questa fase

(1) *Atti della Commissione*, tornata 12 marzo 1872 - Verbale 819.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 321, n. 375.

della procedura, la disposizione sancita dall'articolo 691, n. 6, o quella dell'articolo 719, o quella dell'art. 744, avremmo tosto il secondo comma dell'articolo 763, il quale elimina ogni dubbio e mostra come il partecipare o meno all'adunanza di chiusura del processo verbale sia un diritto dei creditori; diritto che, nè il giudice delegato, nè il tribunale, nè la massa dei creditori, può sopprimere o modificare. Pel fallito, oltre che egli è uno degli interessati, se non forse il maggiore fra gli interessati, e che nessuno, eccettuati alcuni casi particolari dalla legge tassativamente indicati in cui si può procedere senza di lui, contro lui, e malgrado suo, alle varie operazioni della procedura, può vietargli di interessarsi al fallimento, ed anzi in un caso può essere perfino chiamato a far parte dell'amministrazione con idoneo stipendio (art. 751), abbiamo lo stesso secondo comma dell'articolo in esame che gli accorda il diritto di presenziare ed assistere a questa verifica definitiva (1).

Resterebbero, delle persone nominate all'articolo 761 fra quelle che il giudice delegato può richiedere di intervento, la delegazione dei creditori e il curatore.

Quanto alla delegazione dei creditori non può esservi dubbio che, come organismo dell'amministrazione, abbia diritto di partecipare sempre alle varie fasi della procedura del fallimento, tanto più a quelle di maggior importanza; poi essa, sia come corpo dell'amministrazione, che come singolo membro, è compresa nella denominazione generica di *interessati*, usata dal legislatore; quindi anche la delegazione dei creditori non ha certo d'uopo della richiesta o dell'autorizzazione del giudice delegato per intervenire alla definitiva verifica dei crediti.

Il curatore sarebbe forse l'unica persona che di propria autorità non potrebbe intervenire all'adunanza per la verificazione dei crediti; nè a lui s'adatta precisamente la qualifica di *interessato* usata nell'art. 763 dal legislatore, capace essa di dirimere ogni questione; ma è certo che il curatore deve ad ogni modo presenziare l'operazione di cui tratta l'articolo in esame per la forza del suo stesso ufficio, essendo egli quella persona che è, dopo il fallito, meglio di qualsiasi altra in condizione di fornire tutti quegli schiarimenti riguardo ai bilanci, ai libri di commercio, alle carte del fallito, che si possano richiedere all'adunanza di chiusura. Ma la ragione perentoria, che fissa il diritto del curatore, anzi l'*obbligo* di assistere a tale adunanza, la troviamo, nel fatto che la verificazione dei crediti si fa in contradditorio del curatore, il quale rappresenta la massa dei creditori, e sostiene la non ammessione dei crediti o la loro ammessione contro le contestazioni che si potranno dagli interessati opporre (2).

Dunque, visto in questa guisa che la facoltà dell'articolo 761 è concessa al giudice delegato ed a cui accenna l'articolo in esame, e non può esercitarsi su alcuna delle persone che, normalmente, possono o devono assistere alla verifica definitiva dei crediti, almeno come facoltà d'escludere tali persone dall'operazione in discorso, rimane a vedere se la stessa facoltà non trovi modo d'esercitarsi riguardo a qualunque altra persona che possa al giudice delegato offrire notizie o schiarimenti (articolo 761).

Allora, siccome in nessun'altra persona all'infuori degli interessati, risiede il diritto di assistere alla definitiva verificazione dei crediti, non sembra dubbio che il giudice delegato, e particolarmente nell'interesse

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 456, § 4628.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 418, § 4602. La sentenza 13 aprile 1889 del tribunale di Roma stabilisce che il curatore del fallimento può contestare i crediti in qualunque degli stadi nei quali si svolge il processo della loro verificazione (*Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. VII, colonna 429 e segg.); quindi a maggior ragione deve presenziare l'operazione e le adunanze in cui avviene la verifica stessa.

delle persone i cui crediti possano venire contestati, possa valersi, anche nell'operazione dell'articolo 763, della facoltà di cui è investito dal secondo comma dell'articolo 761: ed a questa interpretazione, che a noi sembra la sola fondata sullo spirito della legge, accede l'illustre Vidari (1). Se poi vuolsi ritenere applicabile, per ciò che riguarda l'ingerenza del giudice delegato nelle operazioni della definitiva verifica dei crediti, l'allusione dell'articolo 763 a tutti tre gli alinea dell'articolo 761, anzi più al primo ed all'ultimo che al secondo, vediamo che le norme, e non le *facoltà*, che sono *prescritte*, e non *conferite*, al giudice delegato dall'articolo 761, si riferiscono al modo con cui, anche in quest'ultima verifica, si procederà dal giudice delegato all'esame dei vari crediti ed al confronto dei titoli presentati coi libri e colle carte del fallito; ed alla compilazione continuativa del verbale, che rimane la prova documentata dell'ammessione dei vari crediti.

Le operazioni che, con tale indirizzo, vengono fatte dal giudice delegato all'adunanza dei creditori ed in contradditorio degli interessati abbiam veduto come involgano tutti i crediti senz'esclusione di sorta; però non pare inutile avvertire che l'esame e il confronto dei titoli coi libri e carte del fallito, non verrà fatto all'udienza colla minuzia colla quale deve averlo adempiuto, preliminarmente, il giudice delegato. Più che altro, riguardo particolarmente ai crediti già ammessi, si farà una lettura del processo verbale della prima verifica; e lo interessato che trovasse contestabile o meno corretta l'ammissione di un qualche credito, potrà sollevare opposizione; richiedere che si riesamini *ab initio* il credito, che lo si confronti coi libri di commercio e carte del fallito; che si inviti il fallito stesso a dare tutti quei maggiori schiarimenti che sembrino opportuni; che si chiamino ad intervenire persone estranee al fallimento, le quali siano in grado di fornire tutte quelle notizie che valgano a riaffermare od a cassare l'ammessione; che si ufficî la delegazione dei creditori a pronunziare il suo parere sulla controversia; che il curatore mostri la sincerità, la verità, la ammessibilità del credito; e da ultimo, esaurite queste pratiche, il giudice delegato, secondo le prescrizioni degli alinea quarto e quinto dell'art. 763, giudicherà sulla reiezione od ammessione del credito, o rinvierà all'autorità competente la decisione della controversia.

Quanto al processo verbale il giudice delegato deve farvi risultare le varie operazioni relative ai crediti ed alle contestazioni avvenutevi intorno; e ciò perchè " ..... in ambidue i periodi della verificazione rimanga un testimonio autorevole e duraturo, la legge vuole che il processo verbale relativo enunci tutte le operazioni fatte, le dichiarazioni ricevute, le deliberazioni prese, ed enunci pure il nome e il cognome, o la ditta di tutte le persone spontaneamente intervenute o chiamate ad assistere alla procedura di verificazione „ (2); e si deve pure ammettere che il processo verbale deve " ..... contenere una sommaria, ma esatta descrizione dei titoli e delle altre carte presentate; affinchè in quel documento si rispecchi la verità di tutto il processo istruttorio, per così dire, della verificazione. — Ove codesto documento mancasse di alcuna indicazione voluta dalla legge, esso non si potrebbe, rigorosamente, dir nullo, perchè la legge non ne dice dovecchessia parola; ma il tribunale potrebbe anche far ripetere le operazioni che, per tale mancanza, non offrissero più quel grado di certezza che altrimenti avrebbero „ (3).

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 456, § 4628.
(2) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 457, § 4630.
(3) VIDARI, *ibidem*; BORSARI, op. cit., vol. II, § 1810.

270. *Facoltà del fallito e dei creditori d'assistere ed opporsi alle verificazioni. — Cattiva locuzione della legge* — Quid *riguardo al curatore.* — L'ultimo comma dell'articolo 603 del Codice di commercio, come l'articolo 494 del Codice di commercio francese, accordano espressamente al fallito ed ai creditori di assistere ed opporsi alle verificazioni fatte e da farsi. Su questo diritto del fallito e dei creditori non ci soffermeremo a lungo, dopo ciò che abbiamo detto nel precedente numero 269. S'avverta, tuttavia, che il legislatore, usando la locuzione " i cui crediti siano verificati o soltanto portati in bilancio „ ha inteso non dare una norma tassativa, ma solamente una norma dimostrativa; in questo senso, che oltre la qualità additata, riguardo ai crediti, perchè i loro titolari possano intervenire alla adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione, si intende anche rammentata la qualità particolare dei vari crediti, cioè la loro qualità giuridica, che dipende dalla particolare garanzia che il creditore può vantare in favore del suo credito.

Oltre che l'assistenza, o partecipazione inattiva del fallito o del creditore, alla adunanza di chiusura del verbale di verifica, il legislatore ha accordato al fallito e al creditore il diritto di " opporsi alle verificazioni fatte o da farsi „.

Questo diritto d'opposizione, o meglio di contestazione, che il legislatore dirige contro la *verificazione* dei crediti, devesi intendere non alle verificazioni, ma sibbene alle ammessioni opposte. Perchè il legislatore riproducendo nel Codice del 1882 le parole dell'articolo 603 del Codice del 1865, non attese alla cattiva locuzione di quell'articolo e non la corresse. La opposizione alla verificazione dei crediti è affatto inconcepibile; giacchè è appunto colla verificazione che può chiarirsi la qualità dei credit[1] avanzati, che può esserne apprezzata la credibilità, che può esserne impugnata l'esistenza; e la verificazione che consta appunto come ebbe a definirla il legislatore all'art. 761 primo alinea, dell'esame dei titoli del credito e del confronto del titolo presentato e del credito vantato con le carte e i libri di commercio del fallito, confronto corrobato, al caso, dall'intervento di quelle persone che il giudice delegato può associarsi nella verificazione, non può essere non voluta da alcuno degli interessati nel fallimento, essendo solo in forza di essa possibile la valutazione dei crediti per la loro ammessibilità al passivo.

D'altronde non si potrebbe spiegare in modo alcuno l'opposizione alle verificazioni fatte, alle verificazioni, cioè, che condussero il giudice delegato ad ammettere od escludere i crediti; perchè la massima *quod factum est infectum fieri non potest* è irrimediabile, per ciò che concerne la verificazione, pur non essendolo riguardo al *factum* dell'ammessione al passivo. Ora, non potendo essere oggetto di opposizione la già fatta verifica, perchè nessuna volontà umana potrebbe ottenere che quel fatto tale non fosse, si comprende chiaramente che la opposizione a cui hanno diritto il fallito e i creditori rifletta l'effetto della verifica, che è appunto l'ammessione al passivo. Quanto alle verificazioni *da farsi*, il caso si presenta vieppiù apodittico; perchè la opposizione che un creditore o il fallito sollevano contro un credito, suscitando, necessariamente, le contestazioni in favore del credito, o da parte del curatore, o da parte del giudice delegato, o, quanto meno del creditore, il cui credito viene combattuto, fa luogo appunto alla forma più saliente della verificazione; alla verificazione, cioè in contradditorio, che è la vera, la esemplare verifica dei crediti, quella a cui il legislatore ammette importanza definitiva. Sicchè, in quest'ultimo fatto, se si seguisse la lettera della legge com'è al secondo alinea dell'articolo 763, si avrebbe che l'atto, con cui si cerca di impedire l'avvenimento di un fatto, dà vita e consistenza al fatto oppugnato. Di tutto questo la conclusione è, che dove,

nel comma in esame, si legge " verificazioni „ il lettore intelligente, sostituisce, quasi inconsciamente " ammissioni al passivo „, pensando che il legislatore abbia nominata la causa per l'effetto.

L'opposizione che, secondo il primo capoverso dell'art. 763, i creditori ed il fallito possono sollevare contro l'ammessione già fatta o da farsi dei crediti, non ha alcun limite, per ciò che riguarda gli elementi di cui può comporsi od i mezzi di cui può valersi. Qualunque genere di impugnativa può essere messo avanti; dalla impugnativa per falso, nel documento presentato, o di simulazione nel credito avanzato, alla impugnativa ed alle eccezioni per prescrizione delle ragioni di credito o per invalidità del credito vantato, ogni specie di elemento di opposizione può essere lanciato sia dal fallito che da qualsiasi degli interessati contro il credito contestato. E siccome qui gli opponenti assumono nelle loro accuse carattere di attori, essi, per le norme più comuni di procedura e per i dettati più banali della dottrina e della giurisprudenza sono tenuti a fornire le prove dell'asserita inammessibilità; prove che potranno essere fornite dall'opponente nella stessa adunanza di chiusura e presentate al giudice delegato. Oppure, dovendosi per una, anche sola, contestazione che il giudice delegato non possa definire, rinviare alla autorità competente la decisione della controversia, le prove dovranno essere presentate dall'opponente, nanti all'autorità che decide, in quel tempo utile stabilito per l'udienza davanti a tale autorità. Se le prove sono presentate dall'opponente *in uno stans pede* alla stessa adunanza di chiusura, il giudice delegato, se la controversia è di sua competenza, le valuta e dà il suo giudizio sulla ammessibilità, o sulla conservazione al passivo se il credito è già ammesso; però, sia l'opponente che il creditore il cui credito è contestato, hanno diritto di appellarsi al tribunale contro la decisione del giudice delegato.

Il creditore poi, del cui credito si tratta, dovrà e potrà fornire quelle maggiori prove, in favore delle sue ragioni, che valgano a sostenerle od a respingere le opposizioni; e ciò, tanto nel caso in cui la non ammessibilità sia stata stabilita dal giudice delegato nella verifica preparatoria, — nel qual caso il creditore fu già avvertito; quanto nel caso in cui la non ammessibilità sia sollevata da qualche interessato al fallimento, creditore, fallito, o curatore, o si chieda la radiazione del credito, quando questo già sia stato ammesso. In ogni caso il giudice delegato, per essere sicuro di pronunziare sul credito contestato un giudizio coscienzioso, e informato alla precisa valutazione di tutti gli elementi favorevoli e di tutti gli elementi contrari al credito contestato, potrà servirsi delle facoltà accordategli dall'articolo 761, comma secondo, interrogando tutte le persone che possano fornirgli notizie o schiarimenti sul credito contestato, e quindi, indifferentemente, creditori, fallito, curatore, delegazione dei creditori; e potrà anche ordinare la presentazione dei libri di commercio, o di un estratto di essi, del creditore il cui credito è in causa (1).

È sempre conservato al creditore, od a qualunque persona possa esserne o ritenersene offesa, l'esercizio di quelle azioni penali contro quell'opponente, chiunque esso sia, che sollevò opposizioni, evidentemente o mascheratamente ingiuriose o diffamatorie, contro il titolare del credito o qualunque altra persona interessata.

Il diritto di opporsi al risultato della verifica, nello scopo di ottenere l'ammessione al passivo, compete a tutti quei creditori in special modo, il cui credito non fu ritenuto dal giudice delegato come sufficientemente o pienamente giustificato per l'ammessione,

(1) Il lettore avvertirà qui come sia proposta una logica interpretazione del disposto dell'articolo 763 primo alinea, ove si riporta al disposto dell'art. 761 per le facoltà del giudice.

e riguardo ai quali ogni decisione, a secondo dell'articolo 762, capoverso, fu rimandata al giorno della chiusura del processo verbale di verificazione.

Ora si presenta una questione relativa al diritto del curatore di presenziare la verificazione definitiva e di sollevare opposizione nel seno dell'adunanza all'ammessione dei crediti. Nel precedente n. 269 si è già veduto, in parte, come potrebbe risolversi il quesito e quale è la tendenza della giurisprudenza in proposito. Ed a questa soluzione mal può giovare la deduzione per analogia, atta a regolare questa materia nell'attuale legislazione commerciale, tratta dalle disposizioni dell'antico Codice di commercio. Perchè in esso il legislatore aveva stabilito che la verifica dei crediti si facesse dai sindaci; e il giudice delegato assisteva e sorvegliava la operazione, con un semplice dovere e diritto di direzione. Mentre invece, secondo il Codice nuovo, il giudice delegato procede personalmente ed esclusivamente alla verificazione; alla quale, per causa della necessità del contradditorio, partecipano gli interessati nel fallimento. E se noi a questo punto ci volgiamo ad una interpretazione diretta del secondo alinea dell'articolo 763, ci sentiamo dubbiosi sulla estensione da dare alla specificazione ivi usata dal legislatore nell'ammettere all'opposizione gli interessati nel fallimento.

Perchè interpretando quel comma colla massima dell'*ubi voluit*, non si può dissimulare che l'ermeneutica si mostra avversa al curatore; e il Calamandrei (1) " per la nota regola *inclusio unius, exclusio alterius* „ afferma che il legislatore intese allontanare il curatore dal diritto di contestare ammessioni di crediti. Se non che la giurisprudenza, dopo che il Calamandrei, con ingegno non certamente di vaticinio, dava codesta interpretazione al comma secondo dell'art. 763, s'è messa per la via contraria; e la Corte d'appello di Roma (2), ha espressamente sancita la massima che " anche il curatore può assistere ed opporsi alle verificazioni fatte e da farsi „ così ragionando: " ..... il curatore quale unico e legittimo rappresentante della massa *ha* (aveva) tutto l'interesse e quindi il diritto di contestarne la validità ed efficacia. Sotto la generica denominazione di interessati usata dall'art. 763 del Cod. di commercio, si comprende *necessariamente* anche il curatore; nè dal vedersi nel primo capoverso del detto articolo data facoltà al fallito ed ai creditori di assistere ed opporsi alle verificazioni fatte o da farsi ne segue, che non possa e molto meno che sia vietato al curatore di assistervi ed opporsi. — E d'altronde sarebbe strano che la contestazione che può fare ciascuno dei creditori nel proprio esclusivo interesse, non potesse essere fatta dal rappresentante della massa nell'interesse comune di tutti „. Nè v'è luogo ad insistere sulla perfetta accettabilità della tesi sostenuta così valorosamente dall'appello di Roma; perchè il principio ivi adottato s'impone, con tutta l'energia della più logica deduzione ed interpretazione dello spirito della legge.

Abbiamo veduto che, in caso di morte del fallito durante la procedura di fallimento, o prima della dichiarazione di fallimento, il diritto di assistere alle varie operazioni di procedura, è assicurato agli eredi del fallito dagli articoli 712, 730, 743. Ora domandiamo: questo diritto di subentrare nei diritti del loro autore, si estende agli eredi, anche nel caso dell'articolo 763? Potranno, cioè, essi intervenire all'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti ed opporsi e contestare le ammessioni fatte o da farsi? Sembra a noi, che primi nell'assoluto silenzio della dottrina e della giurispru-

(1) Op. cit., vol. I, pag. 321, n. 376. — Contro, Pagani, op. cit., fasc. citato, pag. 106, n. 67.

(2) Sentenza 2 aprile 1890 (*Il Diritto comm.* [Rivista], vol. VIII, Anno 1890, colonna 343 e segg.).

denza abbiam sollevata la questione, che ad essa possa proporsi una soluzione favorevole alli eredi del fallito. Quanto alla applicazione riguardo agli eredi del fallito della disposizione al secondo comma dell'articolo 761, non può esservi dubbio, dopo quanto dispone l'ultimo alinea dell'art. 730, riguardo alla facoltà del giudice delegato ed al diritto degli ascendenti, discendenti, fratelli, sorelle e coniuge del fallito. E per il diritto di sostituirsi al fallito defunto nell'operazione dell'articolo 763, non si può rimanere nell'incertezza, di fronte al preciso disposto dell'articolo 712 che accorda il diritto al coniuge, ai figli, ed agli eredi del fallito, di presentarsi o farsi rappresentare per supplire il defunto nella procedura del fallimento. Sicchè, non solo queste persone potranno intervenire alla definitiva verifica dei crediti, ed opporsi alle ammessioni fatte o da farsi, ma anche potranno farvisi rappresentare da mandatari specialmente autorizzati. Il che, poi, ha una speciale applicazione quando si tratti di persone che, come eredi o figli o coniuge del defunto, non abbiano piena capacità giuridica, e siano soggetti a cura od a tutela.

Quanto ai creditori ed al loro diritto di farsi rappresentare nella procedura del fallimento, abbiamo veduto che lo stesso legislatore commerciale autorizza spesse volte i creditori, a presentarsi, nelle varie fasi della procedura, per mezzo di mandatario specialmente autorizzato; e ne dà facoltà particolare riguardo a questa fase coll'art. 907. Che se ciò non bastasse, sappiamo che il diritto di eleggersi un rappresentante e d'affidargli un mandato attivo, è un diritto inerente al godimento dell'interà capacità giuridica, e quindi applicabile anche alla fattispecie della procedura di fallimento ed agli interessi che alcuno può avervi. Di più, la cessione d'un credito caduto nel patrimonio di fallimento, non è vietata; e il cessionario porta con sè, riguardo a tutte le fasi ed operazioni della procedura, i diritti, come gli obblighi del concedente (1). Poi da ultimo il Bravard-Veyrières (2) ammette apertamente questo diritto nel creditore; soltanto dubita che il mandato generico dato dal creditore di un fallimento per rappresentarlo in tutta la procedura, possa esimere il creditore stesso dall'obbligo di prestare il giuramento che è *personale;* ma se quest'ultima restrizione è possibile nella legge commerciale francese che richiede tuttavia il giuramento del creditore, non può più esserlo nell'attuale legge italiana che ha rinunciato ad una garanzia di così problematico valore.

Si potrebbe anche, riguardo alla facoltà di fare opposizione alle ammissioni fatte o da farsi, che il legislatore ha accordato al fallito, ed alla quale va necessariamente unito quel diritto d'individuale iniziativa amministrativa che è proprio solo di chi è nel completo godimento de' propri diritti, e di chi ha l'amministrazione giuridica e di fatto del proprio patrimonio, suscitare la medesima questione. Noi sappiamo che il fallito è assolutamente spogliato d'ogni diritto quanto al suo patrimonio commerciale, e quindi non può fare atti che abbiano relazione con lo stesso patrimonio. Ma questo principio assoluto riguardo alla disposizione dell'ultimo comma dell'articolo 603, pari a quello del secondo alinea dell'articolo 763 del Codice di commercio attuale, ha ricevuta una deroga propugnata, oltre che dalla lettera della legge, anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza (3); e gli atti di opposizione alle ammessioni fatte o da farsi, sono considerati come fatti in favore della massa, e

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 313, n. 368. — Vedi l'art. 1234 Codice civile.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 356 e segg.

(3) BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., parte 1ª, p. 351 e segg.; BÉDARRIDE, op. cit., vol. II, n. 445 è contrario; Sentenza Trib. civile e correz. di Roma, 3 aprile 1877 (*Legge*, 1877, I, 317).

come tali sono concessi anche al fallito. Però, le azioni giudiziarie che il fallito dovesse nell'interesse della massa e contro un creditore sostenere come convenuto, o far valere come attore, in seguito alla contestazione di un credito, non sembra possano essere proseguite personalmente dal fallito, checchè ne dica in contrario la citata sentenza della Cassazione di Torino (1).

211. *Ammessione al passivo di crediti non contestati. — Valore della frase:* " che da tutti gli interessati si riconoscano giustificati ". — *Modo dell'ammessione.* — Il diritto d'essere ammessi al passivo che abbiam visto come era regolato dall'articolo 762 comma primo, escludeva dall'ammessione quei crediti che erano stati contestati e quelli che al giudice delegato non sembrassero pienamente giustificati. Lo stesso diritto che per tal guisa si riservava ai soli crediti non contestati ed a quelli che il giudice delegato reputava pienamente giustificati (art. 762 comma secondo), si riproduce, per le disposizioni dell'art. 763 alinea terzo, e varia alcun poco per quello che riguarda i crediti che il giudice delegato reputava pienamente giustificati. Questi crediti, per l'articolo 763, comma terzo, diventano i crediti che da tutti gli interessati devono essere riconosciuti come giustificati. La differenza tra i crediti d'analoga qualità, a seconda dell'articolo 762, e questi dell'art. 763, appare evidente a chiunque intenda, come la giustificazione che accorda ai crediti l'ammessibilità risalga a diverse parti nei due articoli che paiono l'uno dell'altro correlativi. Si è già osservato in uno dei precedenti numeri che la giustificazione, apprezzata dal giudice delegato nella verifica preliminare per ammettere al passivo i crediti che furono avanzati dai creditori del fallimento, poteva aver origine dal libero, esclusivo ed indipendente giudizio del giudice stesso, formatosi senza aver provocato l'intervento d'alcuna delle persone, indicate nel secondo comma dell'articolo 761; e poteva anche dipendere dalla persuasione favorevole a quell'ammissibilità, che il giudice delegato avesse potuto acquistare, richiedendo su quei crediti dubbi, schiarimenti, notizie, giustificazioni, a quelle persone del citato art. 761.

In queste due ipotesi, si veda ora come la prima è inadattabile alla analogia che lega l'ammessione dei crediti nella verifica preliminare ossia colle norme dell'art. 762, all'ammessione nella verifica definitiva secondo l'articolo 763 terzo comma: perchè il giudice delegato non può usare del suo libero, indipendente ed esclusivo giudizio, per apprezzare come sufficienti le giustificazioni arrecate intorno ad un credito, dubbio o contestato, ma la facoltà di cui era già investito il giudice delegato fu dal legislatore trasmessa a " tutti gli interessati " nel fallimento. Sicchè, l'ammessione dei crediti giustificati, regolata dall'articolo 763 alinea terzo, ha maggior analogia colla seconda delle due ipotesi espresse di sopra; come quella che si fonda sull'innovazione, in forza di cui alla persona del giudice, che doveva ritenere o non ritenere giustificato un determinato credito, si è sostituita dal legislatore la massa degli interessati, i quali sono arbitri di ritenere o non ritenere sufficientemente o pienamente giustificato il credito che deve essere ammesso al passivo.

Il giudice delegato, adunque, non fa, in questa seconda fase della verificazione dei crediti, che sanzionare la volontà degli interessati iscrivendo, nel verbale della chiusura, come ammessi quei crediti ch'essi reputino giustificati. Però il giudice delegato non è tenuto a sottoporre assolutamente la sua alla convinzione degli interessati; e quindi, ritenendo egli a sua volta, non convenientemente e sufficientemente giustifi-

(1) Cassazione di Torino, Sentenza 19 giugno 1882 (*Legge*, 1882, II, pag. 665).

cato un credito, non ostante il parere favorevole, non è tenuto ad ammetterlo al passivo; può, invece, classarlo fra i contestati. In simil caso la decisione del giudice delegato potrà esser soggetta ad appello al tribunale, quando il credito sia commerciale e di competenza pretoria; in ogni altro caso la contestazione viene rimessa all'autorità competente e ogni decisione rimane infrattanto sospesa; e questo rinvio a tale autorità dev'essere fatto anche per ciò che riguarda l'esame del merito (1).

Ma perchè i crediti i quali, essendo stati colpiti da contestazione, vennero però ammessi al passivo — che tale dev'essere la diversità tra i crediti non contestati e quelli riconosciuti giustificati — possano ottenere una tale ammessione, la legge esige che " da tutti gli interessati si riconoscano giustificati „. Ora, come devesi interpretare tanto questa assoluta unanimità ed universalità di consenso, quanto la qualità delle persone che questo consenso devono accordare? Se si intendesse nel suo più ampio significato ed in tutta la sua comprensività, la voce " tutti „ usata dal legislatore riguardo agli interessati nel fallimento, bisognerebbe comprendere, oltre quelle persone che assistettero alla adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, anche quelle altre che, pur avendo qualche interesse nel fallimento, non presero parte alla adunanza di chiusura. E la questione che da ciò prende nascimento, è tutt'altro che spoglia di importanza. Perchè se — ed a ciò si può considerare diretto il criterio che fu seguìto dal legislatore nel sancire la disposizione che si esamina — la soluzione del quesito si presenta precisa, nel caso in cui gli assenti siano stati debitamente citati a presentarsi all'adunanza di chiusura del processo verbale (Codice commerciale, art. 744 e 906), e, non essendo comparsi si faccia constare della loro assenza secondo le norme dell'articolo 905; — non è più così nel caso in cui, essendo rimasto sconosciuto qualche creditore, e quindi il suo credito non essendo stato messo in bilancio, nè ammesso alla verifica, egli poi, con la facoltà concessagli dagli articoli 764 e 770 presenti il suo credito e faccia opposizione alle già avvenute ammissioni.

Ora, siccome la legge stessa ammette, all'articolo 764, che anche dopo la chiusura del processo verbale si possano sollevare contestazioni o fare opposizione alle ammessioni già verbalizzate; ed all'art. 770 estende ancor più, nel tempo, quel diritto, è lecito dedurre dalle disposizioni, confrontate e debitamente interpretate, di quei due articoli, un criterio d'interpretazione per l'inciso in esame del terzo alinea dell'art. 763; e cioè: non è già l'universalità degli interessati, presenti od assenti, il cui riconoscimento richiede il legislatore per l'ammessione dei crediti, ma è solo l'unanimità dei presenti quella che fa sì che il riconoscimento sia capace di ammettere al passivo un credito.

Ma qui non è risolto, tuttavia, il problema; perchè, constatato a quale totalità deve alludere il legislatore, richiede egli realmente da siffatta totalità l'unanimità del consenso? Di fronte alla lettera dell'articolo 763, comma terzo, la risposta non può essere dubbia; è veramente l'unanimità che crea l'ammessibilità del credito; quest'unanimità mancando, il credito vien messo fra i contestati e si applicano ad esso, a seconda del caso, le disposizioni dell'art. 763 nel quarto o nel quinto alinea. Se non che, questa soluzione, tanto conforme all'articolo 763 terzo comma, viene debellata dal Capo III, del libro IV dello stesso Codice di commercio all'art. 907. Il secondo alinea di questo articolo dice che nelle adunanze dei creditori, presiedute dal giudice delegato " le deliberazioni sono prese a maggioranza assoluta di voti dei presenti, salvi

(1) Appello di Potenza, 6 agosto 1888 (*Il Diritto comm.* [Rivista], vol. VI, 1888, colonna 688).

i casi per i quali è richiesta una maggioranza speciale „. E la perfetta applicabilità del disposto dell'articolo 907 si ha, solo che il lettore voglia seguirci nella breve elaborazione del quesito che verremo svolgendo. Il comma dell'articolo 907 parla delle deliberazioni dell'adunanza dei creditori; e questa parola usata dal legislatore potrebbe sembrare inapplicabile al caso del terzo alinea, articolo 763. Ma la perfetta applicabilità di quella voce a questo articolo, apparirà soltanto che si consideri che le decisioni che l'adunanza dei creditori ha facoltà di prendere nel proprio interesse, sono chiamate sempre dal legislatore deliberazioni, come avviene, ad es., nel secondo capoverso dell'articolo 751: quindi il valore della voce " deliberazione „ non è un valore tassativo, che ammetta, cioè, un particolare significato giuridico ad essa, ogni volta che il legislatore la usa in luogo di altra voce sinonima; è, però, un valore dimostrativo, che rende quella voce come la denominazione generica delle varie decisioni, prese dalle adunanze dei creditori nell'interesse della procedura di fallimento; ed ecco che il fatto del riconoscimento di un credito come sufficientemente giustificato da parte dell'adunanza dei creditori, diventa una deliberazione dell' adunanza stessa.

Nè qui si ferma la apparente inapplicabilità, che alcuno potrebbe sostenere, dell'articolo 907 secondo comma, al caso del terzo alinea articolo 763. L'inciso " ..... salvi i casi per i quali è richiesta una maggioranza speciale „ può parere adattabile, non lo neghiamo, al comma in esame dell'articolo 763, perchè il fatto dell'aver ivi scritto il legislatore che tutti gli interessati devono riconoscere come giustificato il credito perchè esso possa essere ammesso al passivo, ha l'apparenza di quel caso in cui sia richiesta una maggioranza speciale. Così, invece, non è. Il legislatore ogni volta che intese derogare all'articolo 907 secondo comma, non si limitò a sancire una larva di deroga, come sarebbe quella dell'articolo 763; ma stabilì chiaramente un sistema diverso di maggioranza e di votazione; e gli esempi li abbiamo nell'art. 719 e negli articoli 831 e seguenti. Dunque, non avendosi nella espressione usata all'art. 763, comma terzo, nessuna forma di deroga al principio dell'articolo 907, che è il criterio generale da seguirsi per le deliberazioni prese nelle adunanze dei crediti, rimane fuor di dubbio che questo articolo è perfettamente applicabile al caso del comma in esame. Che se queste ragioni tratte dalla lettera della legge non sembrassero sufficienti, aggiungasi che la adunanza dei creditori, quando può ritenere che non sia lesivo al suo interesse ammettere un credito che si mostri sufficientemente giustificato, e manifesti la sua intenzione mediante voto, non si saprebbe vedere per qual ragione la maggioranza dei creditori presenti debba perdere il diritto, accordato e dalle leggi e dal pubblico consenso appunto alle maggioranze, di adottare quei divisamenti, quelle deliberazioni, quei criteri, ecc., che alla maggioranza stessa sembrano opportuni. Qui ha tanto maggior valore questa considerazione, in quanto che l'amministrazione e la procedura del fallimento, essendo fatte nel patrimoniale interesse della massa dei creditori, questi debbono esser liberi di far valere quella qualsiasi deliberazione, relativa all'interesse patrimoniale di tutti loro, quando la maggioranza si raccolga intorno ad essa. Ciò riguardo ai creditori del fallimento. Ma il legislatore parlando degli *interessati* nel fallimento, volle includervi, come abbiamo mostrato nel commento del primo alinea di questo stesso articolo, tanto il fallito, quanto il curatore.

Ora non ci dissimuliamo che questa comprensività accordata alla voce " interessati „, e che si conserva anche nel terzo comma, si presenta particolarmente pericolosa per la soluzione apprestata qui sopra al quesito risguardante la deliberazione ammissiva dei crediti. Nè vorremmo,

nel silenzio di tomba che grava la dottrina e la giurisprudenza su questo punto, essere accusati di fantasiosa casuistica o di prosuntuosa ermeneutica.

Se il fallito e il curatore sono compresi fra gli interessati, potrà invalidare la deliberazione della maggioranza dei creditori, il loro trovarsi in disaccordo con questa maggioranza? Il curatore, come abbiamo veduto, rappresenta nè il solo fallito, nè la sola massa dei creditori (1); esso rappresenta l'uno e l'altra; ed in questa controversia tra una parte di creditori e l'altra, non si saprebbe come il curatore potesse accomodarsi. Certo è, però, che non ritenendo egli il credito sufficientemente giustificato, potrà schierarsi con quella parte dei creditori che hanno comune con lui tale apprezzamento. Dicasi ugualmente del fallito. Ma in tal caso non sembra più sostenibile la soluzione che riguarda la maggioranza dei creditori, il suo voto e il suo diritto; e non dubitiamo d'asserire che il credito, quando per la sua ammessione incontri l'opposizione di una minoranza dei creditori, ai quali si uniscano il fallito e il curatore, debba dal giudice delegato considerarsi come contestato e sottoporsi quindi all'applicazione di quel disposto del comma quarto o quinto dell'art. 763 che vi sarà idoneo; mentre non crediamo che, facendo il fallito e il curatore parte della maggioranza (2), il credito controverso debba dal giudice delegato ritenersi non riconosciuto giustificato da parte degli interessati.

I crediti che possono ammettersi al passivo lo sono, dice l'articolo 763, terzo comma, " nel modo indicato dall'articolo precedente „, cioè dall'articolo 762. Questo articolo, che si riferisce alla verificazione preparatoria, va, per i bisogni dell'art. 763, interpretato *cum grano salis*. Nell'articolo 762 si stabiliscono le norme relative all'inaugurazione, diremo così, del processo verbale; quivi tutte le varie operazioni si susseguono e sono annotate ordinariamente e sistematicamente, e il processo verbale si presenta come la conclusione necessaria delle varie operazioni, fatte dal giudice delegato. Invece, dopo la verifica definitiva ed in causa di essa, essendo possibile che non tutti i crediti ammessi al passivo dal giudice delegato, vengano conservati dalla approvazione dell'adunanza, possono rendersi necessarie modificazioni, cancellature, sostituzioni nel testo del verbale, che lo presentino poi confuso, controvertibile e disadatto ad assumere il carattere di "... testimonio autorevole e duraturo...„ (3) delle operazioni fatte. La legge nulla dice a questo proposito; nè si può supporre che parlando del " modo indicato nell'articolo precedente „, il comma in esame dell'articolo 763, abbia inteso che debbasi redigere un secondo verbale particolare alle operazioni della verifica definitiva: giacchè in tutta la fase procedurale della verificazione dei crediti non si parla che del solo processo verbale, che è indicato all'ultimo capoverso dell'articolo 761 (4).

Dunque, il rinvio all'articolo 762, fatto dal legislatore con la disposizione del terzo comma dell'articolo 763, dà luogo a tutte quelle modificazioni che, nel testo del processo verbale stesso, le deliberazioni della adunanza dei creditori possano arrecare. Ogni volta che vien ammesso un nuovo credito, o contestato nella verifica preliminare

(1) Sentenza Appello Venezia, 9 febbraio 1882, Sentenza Cassaz. di Torino, 11 dicembre 1882.

(2) Per le votazioni di tale maggioranza sarà forse applicabile il sistema dell'art. 359 del Codice di procedura civile, già seguito dal legislatore commerciale nell'articolo 724?

(3) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 457, § 4630.

(4) Si noti, tuttavia, che una sentenza 10 agosto 1886, della Cassazione di Torino, afferma che il verbale, di cui si parla nell'art. 763, è *un secondo verbale*, diverso da quello dell'art. 761; nel che si vede che la suprema Corte non la lettera e lo spirito della legge ha seguito, ma i cataplasmi che la pratica ha aggiunti a correggere i difetti della legge (*Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. V, colonna 811).

o dal giudice delegato non ritenuto pienamente giustificato, la ammessione deve figurare nel processo verbale con la data relativa, come con la indicazione delle persone, che intorno ad esso si fossero sentite, ed il sunto delle loro dichiarazioni. Sui titoli del credito deve essere notata l'ammessione e dev'essere indicata, e sui titoli e sul verbale, la somma per la quale il credito è ammesso. Siccome l'articolo 761, a cui forse doveva riferirsi, contemporaneamente che all'articolo 762, il legislatore, dice che nel processo verbale devonsi indicare tutte le operazioni fatte per la verifica, così, essendo anche, nel caso del terzo comma articolo 763, applicabile il disposto dell'ultimo alinea articolo 761, si indicheranno le operazioni tutte della verifica definitiva; quindi, anche la mancata approvazione dei crediti già ammessi al passivo, e le contestazioni oppostevi: e tutte quelle operazioni che furono fatte, sieno esse relative a crediti nuovamente ammessi, od a crediti non conservati nel passivo, od a crediti contestati.

Quanto alla persona che terrà verbale dell'adunanza di verificazione definitiva e chiusura del processo verbale, abbiamo visto come l'ultimo comma dell'articolo 761, anche per l'indirizzo di tutt'intero l'articolo, ne commetta il carico al giudice delegato. Ma troviamo una disposizione dell'art. 908, la quale parrebbe adattabile anche al caso che si studia. Il primo alinea di quest'articolo dice che " il processo verbale della adunanza dei creditori è sottoscritto dal giudice delegato e dal cancelliere ". L'articolo " il " determinativo singolare, preposto alla voce " adunanza ", usata, pure determinativamente, al singolare, sembra dirigere la disposizione riferita ad una particolare adunanza, sul momento, sullo scopo, sul modo della quale non possa esservi dubbio; una specie di adunanza caratteristica ed eccellente, che sola quasi sembra meritarsi l'appellativo usato dal legislatore; pari a quella priorità e preminenza che i Romani accordavano e volevano alla loro città chiamandola la *vera*, la *città per eccellenza*, la " *urbs* ", senza altro. Ma quale può essere questa capitale adunanza?

L'articolo 727, comma secondo, dice che, il giudice delegato convoca i creditori qualunque volta lo ritenga opportuno; altri invece, come il 691, il 744, il 751, l'833, parlano di adunanze per adempire a varie operazioni della procedura; l'articolo 907 parla della presidenza *delle adunanze* affidandola al giudice delegato. Dunque affatto, affatto non si riscontra, negli articoli che trattano di qualche adunanza dei creditori, un qualsiasi accenno a quell'adunanza che dovrebbe essere l'adunanza modello dell'articolo 908. Dal che è forza inferire, che anche qui, seguendo il solito malvezzo delle ambigue locuzioni, il legislatore intese parlare *delle adunanze* in genere, e non di una particolare adunanza alla quale poi non aveva fatto un carattere che dalle altre la distinguesse: dovendosi anche intendere per adunanze dei creditori, aventi qualche influenza sulla procedura del fallimento, quelle soltanto che, come dispone lo stesso articolo 907, sono presiedute dal giudice delegato.

Allora ritorna il quesito fatto più sopra: potrà, cioè, il giudice delegato farsi coadiuvare dal cancelliere nella compilazione del verbale, all'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione, dacchè esso deve portare anche la firma del cancelliere? La dottrina (1) e la giurisprudenza francese (2), quantunque la legge commerciale francese, al paro dell'italiana, taccia a questo riguardo, ammettono nel

(1) DALLOZ, op. cit., voce *Faillite*, § 599; RENOUARD, op. cit., vol. I, p. 513; BÉDARRIDE lo crede un obbligo per il giudice, op. cit., vol. I, n. 449.

(2) Decis. Minist. pubblico, 27 settembre 1808, Enregis. n. 728.

giudice delegato la facoltà di farsi aiutare dal cancelliere. E quantunque la dottrina e la giurisprudenza italiana siano mute sembra a noi che un tale criterio, anche di fronte alla disposizione dell'articolo 908, si possa accogliere nella procedura del fallimento secondo il vigente diritto commerciale.

Non sappiamo, poi, se si possano iscrivere nel verbale i crediti ammessi sotto riserva, nella categoria dei crediti reputati sufficientemente giustificati.

Anche nelle parti del verbale che vengono redatte all'udienza per quei crediti che vengono iscritti nello svolgimento di essa, e per quelli pure che vengono contestati, è d'uopo far constare delle speciali garanzie, o forme, o caratteri che loro siano attribuiti: per quanto il creditore privilegiato, o ipotecario, o con pegno non perda se fu ommessa la menzione di questo carattere del credito, i diritti inerenti a quelle garanzie, come si vedrà in seguito.

212. *Crediti commerciali contestati, di valore non superiore alla competenza pretoria. — Decisione del giudice delegato ed appello al tribunale.* — " Riguardo ai crediti contestati credesi, scriveva la Commissione del 1869 ne' suoi verbali (1), che le disposizioni dell'articolo 608 del Codice vigente (cessato) debbano essere conservate, con alcune modificazioni ed aggiunte. Mentre quella disposizione derogando alle norme ordinarie di competenza, attribuisce al giudice delegato la facoltà di decidere sulle controversie commerciali, che per ragioni di valore sarebbero appartenenti al pretore, la distinzione, per la quale si riconosce la necessità del rinvio al giudice civile delle controversie relative alle azioni, che non sono d'indole commerciale, è fondata a ragioni di pubblico interesse, ed in vista dell'ordinamento dei tribunali di commercio (2), non può assolutamente venire soppressa, per quanto sia sentito il desiderio e sia giustificato il bisogno della maggiore possibile semplicità e sollecitudine nel regolamento dei fallimenti „. Questi sono, adunque, i motivi per cui il legislatore del 1882 riprodusse nella nuova legge commerciale italiana, quasi integralmente le analoghe disposizioni dell'abolito Codice di commercio; e non credette di poter modificare che quasi insensibilmente questa parte della procedura del fallimento che fonda il vero sistema contenzioso della operazione di verifica.

Il Vidari (3) rilevando la " ..... gravissima deroga ai principii che regolano la competenza „ perpetrata coll'avere, riguardo ai crediti commerciali, affidata al giudice delegato la decisione delle controversie che entrano nella competenza commerciale, crede di giustificarla scrivendo che il legislatore la sancì: " ..... perchè il giudice delegato ha, per così dire, già sotto mano tutti gli elementi del giudizio, e sarebbe inutile del tutto rifare la procedura già da lui istruita; e perchè, d'altronde, giudice singolare esso ed il pretore, non si vede come mai quest'ultimo dovrebbe meritare maggior fiducia dell'altro, mentre, anzi, il giudice delegato è un magistrato d'ordine più elevato in confronto del pretore, ed offre quindi maggiori garanzie di savio giudizio „. Ma queste giustificazioni del Vidari alle sanzioni del legislatore, partono, difettosamente, dal principio che la regola della competenza siasi offesa. Invece il legislatore ritenne che " i principii che regolano la competenza per ragione di materia non restano offesi dall'essersi attribuita ad un giudice commerciale la

(1) Verbale 819 - Tornata 12 marzo 1872.

(2) Come si sa i tribunali di commercio furono soppressi con legge 1° aprile 1888, e si ritornò al sistema del tribunale civile con giurisdizione commerciale. Ciò essendo, come sussiste per questa motivazione l'articolo 763, con le sue distinzioni, che vediamo dal legislatore giustificate per l'esistenza dei tribunali di commercio? Vedremo più avanti la questione.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 458, § 4632.

decisione delle questioni commerciali di competenza pretoriale, ma avverrebbe il contrario se ad un giudice commerciale si attribuisse la decisione di questioni, per le quali le parti hanno diritto di essere giudicate dal giudice civile „ (1). Dunque il legislatore non ritiene che l'attribuzione della competenza commerciale pretoria al giudice delegato, costituisca una deroga alla regola ordinaria di competenza; mentre, per vero la deroga esiste in fatto, e lo stesso legislatore l'aveva prima constatata scrivendo, come riferimmo più addietro, che la disposizione dell'articolo 608 del Codice di commercio del 1865, derogava " ..... alle norme ordinarie di competenza.....„ (2).

Però il mantenere più a lungo codesta inutile discussione non è conveniente, e, accettando il fatto dell'attribuzione della competenza particolare al giudice delegato quale è nel Codice di commercio, proseguiamo nel nostro commento, lasciando libero al lettore di giustificare, come egli creda, il diritto accordato al giudice delegato.

Il legislatore attribuisce al giudice delegato, come giudice *unico*, la cognizione delle contestazioni su crediti commerciali il cui valore non superi la competenza pretoria. Ognuno conosce che la competenza del pretore si ferma, ordinariamente, quanto al valore, alle lire 1500. Ed il legislatore commerciale, fissando pure pei crediti commerciali la competenza del giudice delegato alle lire 1500, ha inteso che il valore, che viene per tal guisa a formare la competenza del nuovo giudice *unico*, debba essere provato; cioè che il credito contestato, per cadere nella competenza del giudice delegato, oltre che essere commerciale, avente cioè, causa dagli affari commerciali del negoziante dichiarato in fallimento, e facente parte del suo patrimonio commerciale, fosse di un valore liquido e reale di non più che lire mille cinquecento. Ma qui si presenta una questione che è solo risolta in parte dalle disposizioni del Codice di procedura civile, relative alla competenza per materia o per valore (3). Ferme restando le norme ivi stabilite per la determinazione del valore della causa, domandiamo come si combinerà l'articolo 762, primo comma, con il disposto, messo in relazione, dei due articoli 763 Codice di commercio, alinea quarto, e articolo 72, primo alinea, del Codice di procedura civile? Nel commento dell'articolo 762, riguardo alla indicazione nel processo verbale della somma per la quale il credito è ammesso al passivo, abbiamo veduto che il giudice delegato può fissare, secondo i criteri assunti nella verifica, la somma per la quale il credito è ammesso, salvo la contestazione a chi può esserne autorizzato. Qui l'articolo 763, che esige nel verbale e nell'ammessione dei crediti l'osservanza delle norme stabilite all'articolo 762, dà al giudice delegato la competenza per valore attribuita al pre-

(1) *Atti della Commissione*, 1869 - Verbale 817 - Tornata 12 marzo 1872.

(2) *Ibidem*.

(3) Codice di procedura civile:

Art. 71. Sono di competenza dei pretori tutte le azioni civili e commerciali il cui valore non ecceda lire millecinquecento salvo la competenza stabilita nell'articolo precedente (quella dei conciliatori).

Art. 72. Il valore della causa si determina dalla domanda.

Gli interessi scaduti, le spese e i danni anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale per il calcolo del valore.

Quando si domandi una somma che sia parte e non residuo di una maggiore obbligazione, il valore si desume dalla obbligazione intera, se questa è controversa.

Art. 73. Quando i capi di domanda siano più, si sommano tutti per determinare il valore della causa, se dipendano dallo stesso titolo; se dipendano da titoli distinti si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente.

Art. 74. Quando più persone chiedano in un medesimo giudizio da uno o più obbligati il pagamento della loro parte di un credito, il valore della causa si determina dalla somma totale.

tore; e il Codice di procedura civile, regolando la fissazione del valore delle cause di competenza pretoria, dice all'articolo 72 che " il valore della causa si determina dalla domanda „.

Ora un credito commerciale, presentato con le norme degli articoli 758 e 760 del Codice di commercio, può nella domanda proporre una somma che toglie alla contestazione sul credito la competenza pretoria, o del giudice delegato. In un simile caso come si regolerà il giudice delegato? potrà egli definire la contestazione quando nella verifica preliminare abbia ammesso il credito per una somma che rende le contestazioni, che si potranno elevare contro l'ammessione del credito, o contro la riduzione di esso a quella somma per la quale fu accolto nel passivo, alla competenza assicuratagli dall'articolo 763, quarto comma? Se si vuole interpretare letteralmente l'articolo 72 del Codice di procedura civile non può esservi dubbio che la domanda proposta dal creditore sarà quella che regola la competenza per valore; e quindi la decisione della controversia nascente dal credito non sarà di competenza del giudice delegato che nel solo caso in cui il valore della somma domandata non superi le lire mille, cinquecento. Ma quando poi si consideri che lo scopo per cui il legislatore attribuì al giudice delegato l'obbligo di procedere e presiedere alla verifica dei crediti, come quello di decidere le contestazioni di competenza pretoria è quello di rendere più rapido lo svolgersi della procedura di fallimento, la sicurezza della soluzione data colla presenza dell'art. 72 del Codice di procedura civile si affievolisce; e subentra di nuovo il dubbio che il legislatore abbia potuto dare una maggiore ampiezza al diritto di competenza del giudice delegato; maggior ampiezza che si riscontrerebbe, appunto, nel dedurre il valore della causa, non dalla domanda ma dall'ammontare della somma per la quale egli ha ammesso il credito al passivo.

E diffatti la contestazione che il giudice delegato dovrà dirimere colla facoltà accordatagli dal quarto comma dell'art. 763, verte più di spesso sulla somma per la quale il giudice delegato avrà ritenuto qualche credito ammessibile al passivo; e quindi se si vietasse al giudice delegato di avere competenza sui crediti ch'egli giudicò per una certa somma ammessibili al passivo, lo scopo che il legislatore chiaramente pose alla disposizione dell'articolo 763 sarebbe illusorio, come quello che nella maggioranza dei casi non potrebbe essere raggiunto. Il Vidari, il Calamandrei, il Pagani si limitano a riferire le disposizioni della procedura civile relative alla competenza per valore, ma non hanno saputo o voluto scorgere il nesso nuovo e le conseguenze che scaturivano dalla applicazione della procedura civile ai bisogni della verificazione dei crediti; nè la giurisprudenza ha mai avuto occasione di occuparsi di ciò; resta, quindi, una considerazione affatto nuova quella che noi abbiamo esposta e che merita ogni attenzione. Così anche nelle contestazioni vertenti tra i creditori fra loro, o tra un creditore e il fallito o tra un creditore e il curatore, non si saprebbe come assicurare una applicazione efficace della facoltà di competenza accordata al giudice delegato; e qui è ancora più difficile la soluzione del nuovo quesito. Se, cioè, il credito che si contesta tra due degli interessati nel fallimento, nella sua domanda, avanzata dal creditore, essendo superiore alla competenza pretoria, ed invece la contestazione oppostagli mirando a ridurlo ad una somma che entra nella competenza pretoria, sarà applicabile l'articolo 72, primo alinea, del Codice di procedura civile. Il legislatore all'articolo 763, nel comma in esame, ha detto che il giudice delegato decide le controversie riguardanti i crediti " che per valore non superino la competenza del pretore..... „; ma si rimane poi sempre nel dubbio sulla definizione di quale sia il *valore* su cui fu stabilita la nuova

competenza pretoria. Se il giudice delegato accoglierà l'esito delle contestazioni e ridurrà la somma a quella parte che forma lo scopo dei contradditori, e tale somma creerà un valore di competenza pretoria, il giudice avrebbe usato ragionevolmente della facoltà accordatagli, ma il principio stabilito dalla procedura civile rimarrebbe singolarmente violato. E d'altro lato il punto *a quo* della controversia essendo la somma presentata dal creditore nella sua domanda di crediti, non sarebbe certo ottima interpretazione l'applicare, invece che alla somma della domanda, alla somma della opposizione, la regola di procedura. Poi ancora, con una insistenza invincibile, si ripresenta la ammessibilità del credito e la avvenuta ammessione da parte del giudice delegato o pel consenso dei creditori, come la vera regola per definire quale sia il valore di un credito e di conseguenza la qualità della competenza da cui possano venire decise le controversie a quel credito relative. Comunque sia di questo problema, il giudice delegato quando ritenga di essere competente a definire una controversia su un determinato credito, decide con una sentenza; e se i crediti controversi sono parecchi, vengono tutti decisi con quella sentenza. Qui sembra che il Pagani (1) abbia equivocato sulla interpretazione da darsi alla frase " il giudice delegato decide con una sola sentenza le controversie..... „; perchè scrive che " se la contestazione si estende a più crediti, ciascuno dei quali sia compreso, per valore, nella competenza pretoria, il giudice delegato pronuncia su tutti con una sola sentenza „, perchè sembra che la *contestazione* che si estende a più crediti sia una sola contestazione e quindi una contestazione diretta contro un sol creditore che ha presentato più crediti. Ed allora non è affatto applicabile quanto dice il Pagani; giacchè invece (ed in questo il Codice di procedura civile è pienamente applicabile) l'articolo 73 di detto Codice stabilisce che " quando i capi di domanda siano più, si sommano tutti per determinare il valore della causa se dipendono dallo stesso titolo..... „ dunque non importa in simil caso che ciascuno dei crediti " ..... sia compreso, per valore, nella competenza pretoria..... „: che se invece i crediti " ..... dipendano da titoli distinti, si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente „ (art. 73), e quindi il giudice delegato pronuncierà non su tutti insieme, come dice il Pagani, ma su ciascuno in una sola sentenza. Il legislatore ha inteso dire che il giudice delegato pronuncierà sui crediti contestati appartenenti ad un solo o a più creditori, " ..... con una sola sentenza; e non già con tante sentenze quanti sono i crediti contestati; ciò allo scopo di evitare grave perdita di tempo e gravi spese ed in conformità anche dell'art. 765 „ (2). La decisione del giudice delegato riguardo alle contestazioni è, naturalmente, soggetta ad appello; e l'appello verrà interposto dagli interessati davanti al tribunale civile in sede commerciale; ciò dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, ai quali prima della legge aprile 1888, si proponeva l'appello. Da qui la controversia può percorrere tutti i gradi di giurisdizione prima d'essere definitivamente decisa. Ed in appello potranno ricorrere tutti gli interessati. Se non che qui si affaccia la domanda se il fallito potrà presentare appello, o se dovrà per lui presentarlo il curatore, al quale è devoluto il contradditorio in favore delle ragioni della massa, ed il quale presenterà appello per conto della massa quando la decisione del giudice delegato sarà lesiva degl'interessi di questa.

Abbiamo veduto dallo stesso articolo 743 ammesso il fallito a sollevare opposizioni alla ammessione dei crediti al passivo; e quindi può sembrare che la conseguenza logica quanto necessaria di quella facoltà

(1) Op. e fasc. cit., pag. 106, n. 67.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 324, n. 372.

debba esserne il prolungamento, in modo che il fallito possa proseguire in appello la sua opposizione; tanto più che la sua opposizione può essere originata dall'ammessione al passivo di un credito ch'egli non aveva elencato nel suo bilancio quando lo presentò, ma che vi fu compreso dal curatore quando, a seconda dell'articolo 745, rettificò e completò il bilancio, oppure anco lo compilò originalmente; ed in tale ipotesi il curatore dovrebbe sostenere il contraddittorio contro il fallito in favore di un creditore appartenente alla massa. Dunque noi crediamo che per la prosecuzione dell'opposizione in appello il fallito debba essere rappresentato dal curatore del fallimento quando la sua opposizione mira a tutelare l'interesse della massa e di un singolo creditore; come se il giudice delegato non ammise un creditore che il fallito aveva esposto nel suo bilancio: e che invece non si possa escludere il fallito dalla opposizione in appello quando vi sia conflitto tra esso e la massa rappresentata dal curatore. E tale soluzione non sembra oppugnabile, quando si consideri che non ammettendo il fallito, non si può ammettere neppure appello; e allora può darsi che una decisione del giudice delegato diventi inappellabile e passi, non ostante la prima opposizione ed il disposto del legislatore, in cosa giudicata per una specie di contumacia imposta all'opponente.

L'appello al tribunale, per quanto si porti contro l'unica sentenza con cui il giudice delegato avrà deciso le varie controversie, pure non invalida, quando il tribunale accolga l'appello e pronunci sentenza favorevole all'appellante, che quel punto della sentenza in cui il giudice decise della controversia ora portata in appello; e la sentenza del tribunale gioverà solamente a quella persona che interpose l'appello, correndo per le altre le norme usuali della procedura riguardante la interposizione di appello.

Tutti i crediti, commerciali, che eccedono la competenza pretoria, vengono rimessi per la decisione delle controversie, che possono esservisi suscitate intorno, al tribunale a udienza fissa; e il giudice delegato in questo caso farà precedere alla decisione del tribunale la relazione fatta in pubblica udienza (Cod. di comm., art. 911); nè è d'uopo avvertire che il tribunale a cui allude in questo caso il legislatore del 1882 è il tribunale di commercio; oggi è invece il tribunale civile in sede commerciale.

213. *I crediti commerciali contestati superiori alla competenza pretoria.* — Fu sollevata, riguardo a questo quarto comma dell'articolo 763, una elegante questione; se, cioè, fra le facoltà che con esso si concedono al giudice delegato potesse trovare applicazione quella dell'art. 797 riguardo alla autorizzazione a transigere negli interessi che riguardano la massa. La Cassazione di Torino (1) stabilì la massima per la quale: " Il giudice delegato al fallimento può autorizzare il curatore a transigere su tutte le contestazioni che interessano la massa purchè attinenti alla liquidazione dell'attivo, non se riguardano la liquidazione del passivo „. Riformò, quindi, il giudizio antecedente, contro cui si ricorreva, e che aveva creduto di applicare all'articolo 763 la disposizione dell'articolo 797. La Corte di cassazione, nella decisione sua, la quale merita d'essere riferita, così ragionava: " Il tribunale diede ragione del suo giudicato osservando che con l'articolo 763 del Codice di commercio non furono tolte ed abrogate quelle maggiori facoltà, che per pieno diritto sono devolute alle parti, quali quelle del compromettere e transigere; che anzi l'art. 797 riconosce una tale facoltà in termini espressi. Ma questo è un errore evidente.

" Senza che occorra esaminare se questa disposizione di legge, in cui si parla di

(1) Sentenza 28 aprile 1886 (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. IV, colonna 868).

transazione, possa pure estendersi alla facoltà di compromettere, e pur volendosi ritenere che questa vi sia compresa, è, ad ogni modo, forza riconoscere l'inapplicabilità al caso di cui si tratta, perchè l'autorizzazione ivi contenuta riflette soltanto le controversie che sorgono nella liquidazione dell'attivo non le relative al passivo, diverso essendo l'oggetto dell'una e dell'altra, e diverse le norme da cui debbono essere regolate. Il succitato articolo diffatti ha la sua giacitura nel capo relativo alla liquidazione dell'attivo e non trovasi la disposizione ripetuta, nè richiamata, nel capo relativo alla liquidazione del passivo, nè nell'articolo 727, che designa le generali facoltà del giudice delegato. E della mancanza di riferizione e richiamo havvi la ragione giuridica.

" Trattandosi dell'accertamento dell'attivo, in cui la massa dei creditori della fallita si trova in cospetto di terzi e potrebbe essere costretta a sostenere lunghe liti dinanzi a diversi e lontani tribunali, era opportuno che si richiamassero le regole del diritto comune circa il modo di definirlo, onde facilitare ed abbreviare la liquidazione, circondando per altro la facoltà di provvide cautele nell'interesse della massa dei creditori e del fallito, che consistono nell'autorizzazione del giudice delegato, sentita la delegazione dei creditori, ed inoltre nella omologazione del tribunale, sentito il fallito, quando l'oggetto in contesa abbia un valore indeterminato od eccedente le lire 1500.

" Invece nella liquidazione del passivo sono i creditori stessi della fallita che costituiscono la massa, per formare la quale rispetto al fallimento, occorre che ciascuno creditore faccia valere il suo credito e sia verificato ed ammesso. Ciò essendo, e siccome ciascun creditore verificato o portato soltanto in bilancio può assistere od opporsi alla verificazione fatta o da farsi, era necessario che si adottasse un sistema unico per la risoluzione delle contestazioni, che è quello stabilito dagli articoli 763 e seguenti del Cod. di comm., non potendosi, rispetto alla massa, conciliare gli altri modi di definizione con l'individualità delle opposizioni.

" Con l'estendere poi da caso a caso il detto articolo 797 si renderebbe pur incongruente la legge. Nella liquidazione del passivo il giudice delegato è incaricato di verificare i crediti, ed ammetterli, ed in caso di contestazione definire e rimettere le parti secondo la competenza per valore o per materia ad udienza fissa del tribunale civile o pretore dello stesso luogo, in cui è istituito il giudizio di fallimento. Or questo suo ufficio, verrebbe nella sua essenza snaturato se gli si attribuisse in pari tempo la facoltà di autorizzare transazioni e compromessi su ciò che il giudice è chiamato a giudicare, o, non essendo competente, rimetterne alle autorità ordinarie la decisione.

" Considerato per ultimo, che anche quando il tribunale non avesse errato nel ravvisare applicabile il citato articolo 797, non sarebbe tuttavia meno censurabile la denunciata sua sentenza, per essersi omologata la presa deliberazione di compromettere, senza che siasi in forma regolare sentita la delegazione dei creditori, essendo evidentemente inammessibile perchè ripugnante alla lettera ed allo spirito della legge la fatta osservazione, secondo cui il sentirla sarebbe solo necessario, quando il valore dell'oggetto controverso non ecceda le lire 1500, e non altrimenti allorchè si tratti di somma superiore, e quindi maggiormente interessi i creditori medesimi „.

Dalla quale sentenza è facile ricavare come la facoltà concessa dal legislatore con la disposizione dell'articolo 763 relativa alla potestà giudiziaria del giudice delegato, sia una concessione tassativa, cioè la facoltà di cui può usare il giudice stesso è tanta e quale il legislatore gli ha stabilita, nè può essere allargata a materia analoga, come sarebbe la transazione, o il compromesso o

la conciliazione, perchè la legge volle nel magistrato preposto alla procedura del fallimento un'autorità contenziosa e giudiziale e non un'autorità graziosa; e perchè quando intese allargare ad altra sfera giuridica la facoltà del giudice lo disse specificatamente come fece nell'articolo 797 riguardante la liquidazione dell'attivo.

274. *I crediti contestati civili e gli obblighi del giudice delegato.* — Un'altra deroga alla regola procedurale della competenza fu portata dal legislatore commerciale del 1882 in modo diverso di quello che fosse stabilito dall'art. 608, 2° alinea, del Codice precedente. Questo Codice conservava, in riguardo ai crediti civili, intatta la competenza per materia o per valore. Giacchè appunto nel 2° alinea dell'art. 608 scriveva che " se il credito contestato è civile, il giudice delegato rimette le parti davanti al pretore o tribunale competente del luogo in cui è instituito il giudizio del fallimento „; sicchè la sola deroga al principio della competenza che si faceva con questa disposizione, colpiva evidentemente la competenza per territorio retta dagli articoli 90 e seguenti del Codice di procedura civile. E il legislatore del 1882 così motivava e giustificava la innovazione introdotta nella nuova redazione dell'articolo 608: " ..... se il credito stesso è civile, le parti devono essere rimesse davanti al pretore o al tribunale civile competente del luogo in cui è istituito il giudizio di fallimento. Questa disposizione contiene già una nuova derogazione alle norme di competenza, perchè la questione civile di cui si tratta, potrebbe, secondo esse, appartenere alla competenza di un pretore o di un tribunale diverso. In ciò la legge ebbe evidentemente lo scopo di evitare che, qualora sieno parecchi i crediti civili contestati, le cause relative vengano portate innanzi più tribunali o pretori, sparsi nelle varie provincie del Regno, e che quindi il giudice del fallimento e le persone che vi hanno interesse, siano impediti di sorvegliarne davvicino il sollecito esaurimento. Affinchè però questo scopo possa essere ancora più facilmente raggiunto, ed affinchè sia meglio assicurata la sollecita trattazione e decisione di quelle cause, due provvedimenti appariscono necessarî, il primo dei quali ha pur relazione con le regole di competenza.

" Può accadere infatti che parecchie siano le cause relative a crediti contestati, che il giudice delegato deve rimettere alla giurisdizione civile, e che fra queste alcune siano di competenza del tribunale e le altre del pretore del luogo, e, se si tratta di una città dove risiedono più pretori, può accadere, che, per varie cagioni, le cause appartenenti alla giurisdizione pretoriale vadano divise fra essi.

" Ciò riprodurrebbe, benchè in proporzioni minori, l'inconveniente che si volle evitare, ed impedirebbe l'attuazione del secondo degli accennati provvedimenti, quello della cumulativa trattazione e decisione di tutte le controversie, annunciato al n° 767 *verb.*, e di cui fra poco dovrà esporsi il congegno. L'interesse generale, e quello dei creditori e del fallito, richiede pertanto, che, se non è possibile di far giudicare dal tribunale di commercio tutte le cause che si riferiscono ai crediti insinuati, almeno quelle che devono rinviarsi al giudizio civile sieno tutte portate dinanzi al medesimo giudice. Se quindi non sono tutte di competenza del tribunale o del pretore, è necessario attribuire al tribunale la facoltà di decidere anche sulle altre, e se sono tutte di competenza del pretore, ma più pretori risiedano nel luogo ove ha sede il tribunale di commercio che dichiarò il fallimento, siano tutte portate alla decisione di uno di essi „ (1).

Così è ampiamente giustificata la estensione della deroga fatta con l'articolo 763,

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 819.

5ª alinea; deroga che, più che un vero carattere di lesione recata al principio ordinario della competenza, ha il carattere di una condensazione di competenza. Perchè noi vediamo appunto che per l'alinea in esame dell'articolo 763, tenute presenti le ragioni che mossero il legislatore del 1882 a sancire quel disposto, la competenza riguardante i crediti civili, non viene spostata o trasmutata di titolare, bensì viene da diverse parti e da diverse fonti raccolta ed affidata ad un titolare identico, o della stessa categoria, che quelli che vengono spogliati di quella particolare giurisdizione. E di ciò la prova evidentissima l'abbiamo, per la condensazione della competenza pretoria per valore e territorio, e della competenza tribunalizia per territorio, nell'attribuzione delle contestazioni sui crediti civili, *qualunque sia la somma controversa*, al tribunale civile del *luogo in cui è istituito il giudizio di fallimento;* e per la competenza pretoria per territorio nella attribuzione di simili controversie *purchè non eccedano la competenza pretoria*, al pretore o ad uno dei *pretori del luogo medesimo*. Nel primo caso è l'applicazione alla procedura della massima *in maiore et minus continetur;* nel secondo caso l'assorbimento figura come una lesione del principio sancito agli articoli 90 e 91 del Codice di procedura civile.

Dunque, riguardo ai crediti contestati civili la competenza del giudice delegato è nulla, siano essi di competenza pretoria o di competenza tribunalizia; e per giudicare dell'entità del credito dovrà il giudice delegato seguire le norme degli articoli 72 e seguenti del Codice di procedura civile, ritenendo per crediti civili quelli soltanto che ebbero causa civile nel loro costituirsi, tenendo pur calcolo delle speciali garanzie che li accompagnavano e colle quali, o con la dimostrazione delle quali, fossero stati dall'attual creditore presentati. E il giudice delegato riguardo a tali crediti non può che limitarsi strettamente a quello che il legislatore gli ha fissato; giacchè questi, con la disposizione dell'articolo 763, quinto alinea, come scrisse il pretore di Sesto Fiorentino (1) " ..... vieta al giudice delegato di interloquire nelle contestazioni civili; per cui egli in materia civile non ha giurisdizione. Che se egli mai non è giusdicente in materia civile mentre tale è più volte ed in diversi casi in materia commerciale, rispetto al creditore civile, quale veste ha? Non può avere che quella, di sostituto *ex lege* al fallito, ond'è che il creditore civile si reca dinanzi a lui come andrebbe dinanzi al suo debitore in uno stadio pacifico. Ma quando non si trova d'accordo procede dinanzi ai tribunali ordinari. È quello che succede in tutti i casi in cui il debitore non ha la piena amministrazione dei suoi beni. Il curatore subentra a lui, e così è del giudice delegato che subentra al fallito il quale è in istato di inabilitazione. Ciò, ben inteso, nei rapporti del giudice delegato col creditore civile ".

Dunque, così si è visto quale figura giuridica assume, di fronte al fallito, al creditore, titolare del credito controverso, ed alla massa dei creditori, il giudice delegato per la facoltà concessagli dall'articolo 763, alinea quinto: egli non è giusdicente in una simile materia, ma deve, senz'altro, rimettere le parti controvertenti davanti alla autorità competente, senza che a queste parti, cioè al titolare del credito contestato, sia vietato di presentarsi direttamente e di promuovere l'azione davanti all'autorità competente.

Perchè tutte le controversie fluttuanti intorno a crediti civili possano essere rimesse alla decisione del tribunale civile, è necessario che i vari crediti non sieno pel loro rispettivo e particolare ammontare di competenza pretoria; e la innovazione più saliente che il legislatore del Codice attuale

(1) Sentenza 24 gennaio 1887 (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. VII, colonna 513).

portò al principio dell'articolo 108, secondo alinea, Codice 1865, fu appunto quella per cui in luogo di attribuire la cognizione delle controversie di competenza pretoria, per valore, al pretore, e quelle superiori alla autorità competente, nell'intento di economizzare il tempo, attribuì la cognizione del meno a chi aveva la cognizione del più.

Dunque, nell'interpretazione della prima parte dell'articolo 763, quinto alinea, conviene fare i conti con quello che dispone la seconda parte dello stesso alinea, che figura come un freno ed un limite alla meravigliosa comprensività dell'articolo 763, alinea in esame. Sicchè basta che un credito civile ecceda la competenza del pretore perchè tutti i crediti contestati qualunque sia la somma controversa, purchè civili, siano devoluti alla cognizione del tribunale; mentre non può un credito solo, di competenza pretoria, non che avere la stessa energia d'attrazione che quelli di competenza superiore, neppure essere singolarmente mandato alla sua sede ordinaria.

Può nascere qualche dubbio riguardo alla frase " ..... qualunque sia la somma controversa..... „ usata dal legislatore; perchè non è d'obbligo che le contestazioni debbano farsi nell'ammessione e verifica dei crediti, sulla somma dei crediti stessi presentati: e potrà essere contestato, un privilegio, una garanzia, un diritto di prelazione qualunque che il titolare del credito vanta in appoggio delle sue ragioni, senza che sia impugnata la somma per la quale egli si costituisce creditore; ma noi riteniamo che il valore del credito si stabilisca fondamentalmente dall'entità del credito stesso, dalla somma domandata, e si applichi, quanto alle speciali garanzie che dànno al credito un particolare carattere, la nota massima *accessorium sequitur principale.*

215. *La competenza pretoria per valore riguardo ai crediti civili contestati.* — Come per le varie disposizioni relative alle deroghe di competenza stabilite nell'articolo 763, la competenza pretoria è quella che viene manomessa ed assorbita, così questa a sua volta assorbe ed annulla la competenza del conciliatore. Sicchè quando si fa luogo al libero funzionamento della competenza pretoria per valore, rimane pur tuttavia abrogata la competenza del conciliatore, come accade precisamente nel disposto della seconda parte del quinto comma, art. 763.

Quando tutti i crediti civili contestati siano di competenza pretoria allora questa ha il sopravvento, e la decisione delle controversie viene rimessa al pretore o ad uno dei pretori del luogo ove risiede il tribunale che ha dichiarato il fallimento. Qui la deroga alla competenza colpisce soltanto, al più, la competenza per territorio; perchè raccoglie la decisione delle controversie che potrebbero dover essere cognite da altri pretori al magistrato unico del luogo ove è il tribunale che ha dichiarato il fallimento, e dove si svolge la procedura di questo. Ciò fu fatto dal legislatore per rendere più sollecita la decisione delle controversie, tenendola più che fosse possibile vicina al focolare stesso dove avvenivano gli altri atti di procedura.

Riguardo alla decisione delle controversie così portate davanti ad una diversa autorità, che non il giudice delegato; bisogna avvertire che, secondo il Codice precedente, si decidevano le varie controversie con altrettante sentenze quante erano le cause, ed ognuna si svolgeva indipendente dalle altre usando di quella procedura e di quel tempo che fosse più favorevole agli interessi che in esse si dibattevano. Invece il legislatore commerciale del 1882 abbandonò quel sistema ch'era causa di una perdita di tempo incalcolabile e valendosi del sistema già in vigore per l'articolo 716 del Codice di procedura civile, per ciò che concerne il giudizio di graduazione delle ipoteche per la distribuzione del prezzo dei beni immobili, volle che con un solo giudizio si decides-

sero tutte le controversie e si pronunciasse intorno ad esse una sola sentenza (1); con che però, che se nel giorno o nell'udienza prefissa non si potesse compiere tutto ciò che è preveduto nell'atto di convocazione o di citazione, si dovesse intendere rimessa la continuazione al prossimo giorno non festivo od all'udienza seguente, senz'uopo di alcun avviso speciale ai comparsi od agli assenti; e così di seguito sino al termine delle operazioni assegnate (art. 909 Codice di commercio).

Dunque tanto il tribunale di commercio, che il tribunale civile, che il pretore davanti ai quali furono rimesse controversie da decidere, devono pronunciare una sola sentenza con cui decidano le varie controversie. Però, come giustamente avverte il Vidari (2), questa economia di tempo e di procedura non deve far strozzare indebitamente quei particolari atti di procedura, che si reputassero necessari per decidere le controversie od una controversia speciale. Così il magistrato, al quale fu rimessa la decisione di tali controversie non è tenuto a rinunciare a quei mezzi di prova, compresa la prova testimoniale quando essa sia assumibile, più adatti a raccogliere un esatto criterio che lo guidi nella pronunciazione della sentenza. E riguardo all'assumere testimoni sentiamo d'accordarci pienamente col Vidari, riguardo alle persone interessate nel fallimento; esse possono essere assunte quali testimoni nelle controversie, perchè l'essere interessati nel fallimento e l'aver contro di loro l'eccezione elevata dalle sentenze dell'appello torinese in data 21 luglio e 25 agosto 1884 (3), non fa sì che contro di loro possa sollevarsi alcuna eccezione portata dal Codice di procedura civile. Rimarrà però sempre l'autorità giudiziaria libera di fare di simili deposizioni testimoniali quell'apprezzamento che le parrà del caso; come pure contro tali testimoni sono esercibili tutte quelle sanzioni che la legge stabilisce contro i testi reticenti, sospetti o falsi.

276. *Epoca dell'udienza fissa per la decisione sui crediti contestati.* — Abbiamo già veduto come il legislatore usi ben di spesso, nella materia del fallimento il sistema dell'udienza fissa; e qui pure l'udienza nella quale devono decidersi le controversie sui crediti contestati, dev'essere fissata dal giudice delegato all'atto stesso in cui decide di rimettere le controversie alla cognizione di un altro magistrato. Negli *Atti della Commissione* del 1869 troviamo i motivi per cui il legislatore del 1882 estese il sistema dell'udienza fissa che l'articolo 608 del cessato Codice riservava alle sole cause commerciali, anche alle cause civili in materia di fallimento. Si legge: « Dovendo le cause commerciali essere di regola trattate col procedimento sommario, giusta la disposizione approvata al n° 446 *verb.*, non v'ha dubbio, che, siccome dispone anche il citato articolo 608, il giudice debba rimettere le cause d'indole commerciale dinanzi al tribunale di commercio fissando l'udienza; ma il bisogno di sollecitudine richiede, che anche le cause, che devono decidersi dal tribunale civile, siano nel caso di cui trattasi, giudicate a procedimento sommario. Nulla dispose a questo proposito il Codice vigente (abolito), e perciò l'aggiunta di un testo espresso apparisce indispensabile; ma è pur d'uopo che, ad evitare le conseguenze di un arbitrio eccessivo del giudice delegato, si stabilisca un termine entro il quale debba fissarsi l'udienza del tribunale commerciale o civile o del pretore competente, per la decisione delle questioni eccedenti la competenza del giudice delegato. Questo termine credesi

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 461-462, § 4635.

(2) *Ibidem.*

(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 463 e seguenti, § 4636.

convenientemente determinato nella misura di quindici giorni..... „ (1).

È, quindi, il procedimento sommario della procedura in materia commerciale, che si adotta anche riguardo alle controversie in materia di crediti civili.

Per la dottrina francese (2) è necessario che, oltre il semplice rinvio del giudice delegato, sia notificata la ordinanza che lo contiene e la citazione a comparire fatta per cura del creditore o dell'interessato opponente al titolare del credito contestato; il Calamandrei (3) segue tale opinione che in Francia è oppugnata dall'Alauzet e dal Bédarride (4). Sembra a noi che, seguendo la lettera della legge, non si possa accogliere l'opinione del Calamandrei; ma se invece si parte dal concetto che nella procedura di fallimento devesi, con ogni modo, cercare di rendere spedito il procedimento e sicuro e decisivo ogni atto, allora non sembra di dover respingere l'opinione surriferita, come quella che può appunto garantire da molti ostacoli e da molto dispendio di tempo la procedura e la definitiva chiusura del fallimento.

L'udienza si fissa dal giudice delegato anche se non sono scaduti i termini delle proroghe che fossero state accordate ai creditori all'estero; a questi creditori vedremo come il legislatore abbia provveduto, nell'esame degli articoli seguenti.

Qui si presenta una questione che merita d'essere per lo meno accennata, perchè si presentò diverse fiate nella giurisprudenza, quantunque non preveduta nè trattata dalla dottrina italiana. La sintesi della questione la poniamo con questa domanda: Quando si intenderà chiuso il processo verbale? L'articolo 763 al suo ultimo capoverso dice che il giudice delegato stabilirà l'udienza della quale si parlò nei due comma precedenti, entro quindici giorni dalla chiusura del processo verbale: il termine *a quo* dunque, da cui deve partire il giudice delegato sembra stabilito; ma invece questo termine manca di quella precisazione che è indispensabile all'ufficio che gli è assegnato in questa bisogna. L'articolo 909 e le espresse motivazioni del legislatore intorno alla chiusura del processo verbale, dicono che le operazioni dell'articolo 763 riguardanti la verificazione dei crediti si intendono proseguibili nei giorni successivi a quello fissato per la chiusura del verbale di verificazione, fino al completo esaurimento di tutte le operazioni. Sicchè può stabilirsi un doppio termine che consente d'esser detto indifferentemente giorno della chiusura del processo verbale: ossia: quel giorno fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento, in cui devono essere convocati i creditori per la chiusura del processo verbale di verificazione (art. 691, n° 6, del Cod. di comm.); oppure quel giorno in cui si sono finite tutte le operazioni ed avviene effettivamente la chiusura ordinata pell'articolo 691 colla sentenza che dichiara il fallimento.

Secondo una decisione della Cassazione torinese, in data 7 luglio 1884, il termine di cui parla l'articolo 763 è quello fissato dalla sentenza dichiarativa di fallimento; così " ..... si viene a rendere omaggio allo spirito che informa il sistema organizzato dal nostro Codice, e sta nell'intento di raggiungere la massima speditezza della procedura del fallimento, che sia conciliabile col rispetto ai diritti di ogni interessato, e non escluda le guarentigie di una ponderata cognizione della causa „ (5). Ma poi la stessa Corte suprema con una sentenza

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 819.

(2) BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 401.

(3) Op. cit., vol. I, pag. 327, n. 382.

(4) Citati dal Calamandrei; a noi non riuscì di trovare in questi autori alcun accenno a tale questione.

(5) *Il Diritto commerciale*, vol. II, colonna 700 e seguenti.

più recente in data del 10 agosto 1886 (1) correggeva quella prima opinione e pronunciava che il termine a cui allude l'ultimo capoverso dell'art. 763 non è quello fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento, ma bensì quello della effettiva chiusura del processo verbale; perchè se " .....la chiusura del verbale di verificazione dei crediti deve iniziarsi nel giorno stabilito dalla sentenza, non ne segue che debba pure nel medesimo giorno terminarsi ad onta che non riesca unicamente possibile espletare tutte le operazioni a ciò necessarie. Questo non disse nè pensò il legislatore; nè è lecito attribuirgli ciò che sarebbe contrario a quella ineluttabile necessità e realtà delle cose „ (2). Poi la Cassazione di Roma, con sentenza in data 28 gennaio 1890, se-

(1) *Il Diritto commerciale*, vol. v, colonna 804 e seguenti.

(2) Crediamo meriti d'essere riportata la elaborata e profonda motivazione della Corte su questo proposito.

" E che sia così, si trae un primo argomento dal verbo ivi usato - *sarà proceduto alla chiusura* - valendo esso a denotare piuttosto quella progressione e svolgimento di operazioni da farsi nel tempo necessario a compierle, altrimenti detto avrebbe - *si farà la chiusura*. — Di più, negli articoli 758 e seguenti, che trattano della verificazione dei crediti, è da notarsi che posciachè i creditori hanno presentata la dichiarazione dei loro crediti, il giudice delegato li verifica nei modi designati dall'articolo 761; e quel che più monta egli è ivi chiamato a formare " *processo verbale della verificazione dei crediti* „ nel quale deve enunciare " tutte le operazioni fatte, indicare i nomi delle persone intervenute e riferire le loro dichiarazioni „. — Indi segue l'articolo 761: " Nel giorno fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento per la chiusura del processo verbale di verificazione, il giudice delegato, colle facoltà conferitegli dall'articolo 761, *procede* in contradditorio degli interessati all'esame di tutti i crediti contestati, ed anche di quelli già ammessi sui quali sorga contestazione „.

" E qui, oltre all'adoperarsi il medesimo verbo - *procede* - per significare lo stesso concetto sovra esposto, è uopo particolarmente notare a quanto ivi è disposto, ossia al contradditorio degli interessati, all'istruttoria che nel bisogno deve il giudice delegato compilare ai sensi dell'art. 761, e poi alla sentenza da emettersi da lui sui crediti contestati, e nei limiti della sua competenza, giusta l'alinea terzo dello stesso articolo 763, ed allora non vi sarà alcuno che non vegga che per poco si tratti di fallimento vasto e grande per interessi, per numero di creditori e per contestazione sui crediti, non sarà possibile tutto ciò compiere nel medesimo giorno.

" Che se poi ivi si adopera la parola " *chiusura del processo verbale di verificazione* „ si è stato non pure per distinguerlo dall'altro processo verbale di verificazione dei crediti compilato secondo l'art. 761, ma anche per denotare l'ufficio e la destinazione a cui esso è diretto, di porre cioè definitivamente termine a codeste verificazioni. — Inoltre se ivi non è detto in termini espliciti, che questa chiusura del verbale di verificazione deve cominciare e finire nel medesimo giorno, è giuocoforza allora seguire i principii di ragione, anzi di senso comune. Pei quali è intuitivo, che per quanto il legislatore imponga prestezza e speditezza nei procedimenti commerciali, non è giammai possibile che giunga a volere l'umanamente impossibile, ovvero che troncate le contestazioni dei crediti, non esaurite in quel giorno, ad ogni altra cosa, fossero rinviate al giudizio del tribunale, quando egli preordinò quel verbale in siffatto modo da potersi decidere le contestazioni appunto senza perdita, di spese e di altri mezzi istruttori, salve le debite eccezioni.

" Nè poi continuare le necessarie operazioni nei successivi giorni è *proroga;* poichè appunto il giorno fissato per procedere alla chiusura del verbale di verificazione, non è messo come principio e fine di un termine giusta le cose superiormente esposte; onde l'argomento che dall'art. 759 vuolsi trarre, per indurre che quell'eccezione riforma la regola di non potere il giudice delegato impartire proroghe, non calza. Il caso dell'art. 759 è quello in cui dalle operazioni di verificazione di crediti appaiono dei creditori residenti all'estero, e per costoro quel giorno a ciò fissato dalla sentenza può essere di balzo ad altro rinviato; laddove se queste operazioni per i creditori nel regno dimoranti, sono in quel dì stabilito iniziate, e per necessità indeclinabile nei successivi, secondo il disposto dell'articolo 909 del Codice di commercio, questo è continuazione, prosecuzione e non *proroga* nel suo significato proprio e rigoroso.

" E da ultimo non è concepibile, che mentre il legislatore concede ai creditori sino a trenta giorni per presentare le dichiarazioni dei crediti, e al giudice delegato fino a venti giorni per apparecchiare il lavoro di verificazioni di questi cre-

guendo l'opinione della Cassazione torinese, stabilì la massima che " il momento da cui decorrono tanto il termine di quindici giorni stabilito dall'articolo 763 del Codice di commercio, quanto quello di otto giorni di cui all'articolo 706 dello stesso Codice, è quello della chiusura effettiva del processo verbale della verificazione dei crediti, non già l'altro fissato dalla sentenza dichiarativa del fallimento „ (1). Sicchè, di fronte a questi due responsi delle Supreme Corti del Regno non può esservi dubbio che il giudice delegato dovrà fissare la decorrenza dei quindici giorni dell'ultimo comma, articolo 763, dal giorno in cui il verbale sarà effettivamente chiuso, perchè terminate le operazioni di verifica. E il giudice delegato nella chiusura del verbale di verificazione dei crediti, dichiarerà, precisandolo, il giorno in cui fissa l'udienza davanti alla autorità competente a cui ha rimesso le contestazioni la cui decisione sfugge a lui, e contando tanti giorni quanti vuol concederne partendo dal dì, non compreso nel computo, nel quale avviene la chiusura. Il giudice delegato, per l'ultimo capoverso dell'articolo 763, è obbligato a fissare il giorno dell'udienza, ma è libero quanto al limite che intende accordare purchè non esorbiti dai quindici giorni; e il termine deve essere fissato unico per tutte le contestazioni e per tutti i creditori, eccettuati quelli che ottennero la proroga dell'articolo 759.

277. *Sistema della presentazione delle dichiarazioni dei crediti e delle opposizioni dopo la chiusura del processo verbale* (2). — *Epoca del deposito in cancelleria.* — La Commissione del 1869 chiamava: " La chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti ..... un atto preparatorio alla discussione delle pretese controversie, in esito alla quale soltanto, per effetto delle ammessioni definitive o provvisorie, può fissarsi la condizione dei creditori, rispetto alla efficacia dei loro voti nelle operazioni del fallimento „ (3).

Ed in vista appunto della qualità di quest'atto, non potendo essere intercluso fino a quel momento l'adito alle nuove dichiarazioni di crediti ed alle opposizioni contro i crediti già ammessi " ..... è necessario che ne siano regolarmente notificati il curatore ed i creditori che vi hanno interesse, prima dell'udienza a tale oggetto

---

diti, e compilare questo primo verbale, non dia poi che un giorno appena per procedere alla chiusura di questo secondo verbale, e sovratutto quando si pon mente alle maggiori difficoltà che può esso presentare. Laonde tutto coarta a far ritenere, di aver voluto il legislatore che la sentenza dichiarativa del fallimento fissi non pure il giorno, ma anche l'ora in cui sarà proceduto alla chiusura di questo verbale, perchè tenga luogo di notificazione o meglio di avviso ai creditori; che le relative operazioni sieno iniziate e compiute in quel dì purchè possibile, altrimenti proseguano nei successivi giorni fino all'intiero loro compimento „.

(1) *Il Diritto commerciale*, vol. VIII, colon. 282.

(2) Non crediamo possa spiacere al lettore un esempio del risultato della verifica fatta in un fallimento dei più disastrosi che in quest'*anno di grazia*, 1891, abbia colpito il commercio italiano. È relativo al fallimento dei fratelli Corradini da Livorno, potentissimi negozianti in coloniali; la notizia la riportiamo dal giornale *Il Commercio*, in data 20 agosto 1891.

" È finito il lavoro di verifica crediti nel fallimento dei Corradini fratelli, i noti negozianti in coloniali, e il risultato è questo: ammessi con privilegio 50 creditori per lire 45,511 20, chirografari 271 per lire 9,110,161 90, altri 21 per lire 2,259,968 46 a condizione della presentazione dei titoli, due creditrici ipotecarie per lire 25,000, un creditore per lire 53,000 chirografario, ma solo eventualmente. Ed in ordine all'art. 763 Codice di commercio, furono rinviate alla decisione del Tribunale le contestazioni insorte sopra 45 crediti per la complessiva somma di lire 16,072,526 34. Ammesso quindi al passivo del fallimento di Corradini Giacomo in particolare, con privilegio, un creditore per lire 100. Ed infine ammesso al passivo del fallimento di Corradini Giovanni Andrea, in particolare, un credito ipotecario per lire 100,000 „.

(3) Tornata 12 marzo 1872 - Verbale 220.

fissata „ (1). Non sembra veramente logica o quanto meno deducibile dalla interpretazione dell'articolo 764, la giustificazione che tenta il Vidari (2) della disposizione in esso contenuta. Perchè egli scrive: " che sarebbe troppo grave ed ingiusto, massime pei creditori residenti all'estero, e non ostante il maggior termine loro accordato, per dichiarare i propri crediti, di non ammettere dichiarazioni od opposizioni dopo la chiusura del processo verbale di verificazione..... „; e non osserva che la disposizione dell'articolo 764 è meno adattabile al fatto di creditori residenti all'estero che abbiano ottenuta la proroga dell'art. 750, che ai creditori che comunque residenti nel regno non abbiano tempestivamente presentata la dichiarazione dei loro crediti. I creditori residenti all'estero, che abbiano ottenuta la proroga, quando questa ecceda il termine entro cui deve iniziarsi la definitiva verifica dei crediti, trovano nella disposizione dell'articolo 764 la regolare norma per produrre le loro dichiarazioni, così come i creditori ordinari trovarono tale norma nella disposizione dell'art. 758; dunque riguardo a questa specie di creditori la disposizione dell'articolo 764 non assume il carattere di eccezione che il Vidari vuole attribuirle; invece il carattere eccezionale lo acquista solo quanto ai creditori non residenti all'estero, o che, residenti all'estero, non abbiano ottenuta la proroga dell'articolo 759, e non abbiano, prima della chiusura del processo verbale di verificazione presentata la dichiarazione. Qui cade acconcia una questione intorno a quei creditori pei quali non sia applicabile nè l'articolo 758, nè l'articolo 764; a costoro neppure sarebbe applicabile il disposto del primo alinea, articolo 770, perchè non sarebbe ancora, nella nostra ipotesi, trascorso il termine fissato dall'articolo 764. Questi creditori, dopo chiusa la cancelleria alla presentazione delle dichiarazioni dei crediti sulle norme dell'art. 758 e non ancora aperta in forza dell'art. 764, ove presenterebbero le loro ragioni di crediti? Dovrebbero forse attendere la chiusura del processo verbale per valersi del disposto a ciò relativo contenuto nell'articolo 764? Il legislatore, come la dottrina e la giurisprudenza, non si esprimono chiaramente a questo riguardo; epperò una soluzione del quesito si presenta non assai facile (3). Ad ogni modo nel silenzio della legge e considerata la grande autorità che è concessa al giudice delegato nelle operazioni della verifica, non sembra fuori di senso il dire che il creditore che si trovi in queste condizioni non è tenuto ad osservare le disposizioni dell'articolo 764, ma potrà presentare la sua dichiarazione direttamente al giudice delegato, intento alle operazioni dell'articolo 761, o alla adunanza di chiusura del processo verbale secondo l'articolo 763, trasmettendo ugualmente i documenti al giudice delegato; e sarà compreso nell'ammessione fatta per le norme dei due articoli indicati, secondo il momento della presentazione.

Le disposizioni contenute nell'articolo in esame, non sembrano così chiare riguardo alle dichiarazioni di crediti così tardivamente presentate, come lo sono riguardo alle opposizioni che si possono tuttavia elevare contro i crediti ammessi od anche le semplici dichiarazioni di credito.

Il legislatore ha coinvolto in una stessa disposizione tanto le dichiarazioni di crediti, come le opposizioni alle dichiarazioni ed alle ammessioni di crediti, stabiliendo che devono essere notificate al curatore ed ai creditori dei quali s'impugnano i crediti, e depositate nella cancelleria coi documenti coi quali si appoggiano almeno due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione delle contestazioni. E se per le oppo-

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 820.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 472, § 4642, 1, 2°.

(3) Vedi al 277 più avanti.

sizioni ai crediti già ammessi si comprende che quelli che hanno più interesse a conoscerle sono i titolari dei crediti impugnati, in secondo luogo, anche il curatore, non si comprende più per qual interesse debbasi notificare ai creditori una o le nuove dichiarazioni di crediti pervenute alla cancelleria. Ad evitare questo non senso pratico e giuridico, che pure prorompe dalla letterale interpretazione dell'art. 764, prima parte, conviene attribuire la notificazione delle nuove dichiarazioni di crediti, al solo curatore; ed al curatore insieme che ai creditori; dai creditori s'impugnano le notificazioni delle deposizioni d'impugnativa fatte alla cancelleria. Così crediamo debba interpretarsi l'articolo 764.

Il Pagani (1), sulla disposizione di questo articolo, riguardo alla notificazione che quivi è ordinata, si accorda con noi; e dippiù deduce da codesta disposizione dell'art. 764, che le dichiarazioni presentate dal creditore negligente o comunque ritardatario, dopo che è scaduto il termine dell'articolo 758, ma, prima della chiusura del processo verbale di verificazione, devono essere fatte alla cancelleria del tribunale, come quelle avanzate tempestivamente nel termine dell'articolo 758.

Il solo argomento che valga al Pagani in appoggio della sua opinione può essere quello della mancanza di prova che il creditore si troverebbe ad avere della avvenuta consegna, perchè il giudice delegato a cui venivano consegnati i documenti non ha obbligo alcuno di rilasciarne ricevuta. Ora, scaduto il termine dell'articolo 758, i documenti sono stati ritirati dalla cancelleria e sono fra mani del giudice delegato; e il cancelliere non ha obbligo, e forse ha obbligo contrario, e neppur facoltà, di ricevere documenti prima del tempo di cui parla la disposizione dell'articolo 764, e quindi neppur è autorizzato in quell'epoca a rilasciare ricevute di documenti che non potrebbe ricevere che abusivamente, almeno per la lettera della legge e per la interpretazione restrittiva dello spirito del legislatore.

Il Pagani riferisce due sentenze, una del tribunale civile di Livorno, in data 12 aprile 1883, e un'altra dell'appello di Venezia, in data 2 agosto 1883 (2), le quali sembrano aver già sciolto, avversamente a noi, il caso della presentazione al giudice delegato, giustificando la loro opinione, colla necessità di evitare una decisione precipitosa nel giorno dell'adunanza della chiusura, e di eliminare il caso di una soverchia agglomerazione di domande nel giorno del verbale di chiusura; ma questi due ostacoli, immaginati dai magistrati di Venezia e di Livorno, non sembrano affatto sufficienti a creare una teoria ermeneutica della legge, che si ridurrebbe, per non dare una proroga di fatto ad un termine dalla legge non precisamente delimitato, com'è quello del tempo per compire la verificazione dei crediti all'adunanza di chiusura, ad ammettere come conforme alla lettera ed allo spirito della legge una proroga di fatto al termine perentoriamente fissato dal legislatore all'art. 758. Dunque, concludendo, non crediamo che l'opinione del Pagani possa venire seriamente sostenuta, mancandole sufficienza di elementi giuridici, dottrinali e di giurisprudenza, per essere giustificata di fronte alle precise disposizioni di legge (3).

Dice la prima parte dell'articolo in esame che le dichiarazioni nuove e le nuove opposizioni presentate tardivamente " .....de-

(1) Op. e fasc. citati, pag. 107, n. 68.

(2) Ambedue nell'*Eco di giurispr. commerciale*, anno 1883.

(3) Del resto l'Auriti, nella " Relazione sulle disposizioni del Codice di commercio in materia di fallimento „ riconobbe la singolare difficoltà di questa materia e non ardì proporne alcuna soluzione. — Vedi *Il Diritto commerc.* (Rivista), vol. VI, 1888, colonna 448. — Anche il VIDARI, (op. cit., vol. VIII, § 4644, II), sostiene la stessa opinione che il Pagani, cogli stessi mezzi. — L'avvocato De Rossi, nello scritto citato, è contrario.

vono essere notificate al curatore ed ai creditori „ di cui si impugnano i crediti. Ma chi farà fare tali notificazioni? Il creditore che deposita tardivamente le sue ragioni di credito o impugna i crediti altrui già ammessi, o il cancelliere presso cui si depositano opposizioni o dichiarazioni? La notificazione di un atto è mai sempre devoluta alla autorità giudiziaria perchè è per questa via che la notificazione stessa acquista carattere e natura giuridica; ed allora parrebbe che il cancelliere dovesse far fare la notificazione di cui parla l'articolo in esame. Ma le citazioni e le notificazioni si fanno per mezzo d'usciere e su domanda delle parti; dunque si può estendere al caso di questa notificazione il sistema ordinario delle citazioni e notificazioni. E dovrà allora il creditore far notificare al curatore ed ai creditori dei quali impugna la ammessione al passivo per mezzo di usciere e la deposizione della nuova dichiarazione di credito e il deposito della impugnativa?

Abbiamo veduto che tutti gli atti interessanti i creditori od alcuno di essi vengono notificati dal curatore; e ciò per disposto della legge. Qui parrebbe che il curatore fosse esente da quell'obbligo, che non si sa su chi ricadrebbe; mentre pure, fatto al creditore, che propone tardivamente un suo credito o che impugna l'ammessione di un altro credito, l'obbligo di notificare al curatore la presentazione o l'impugnativa, non sarebbe fuori di proposito il dire che il curatore così notificato dovesse a sua volta notificarne i creditori interessati. Nessun lume ci dà la giurisprudenza e la dottrina, e la nostra domanda rimarrebbe allo stato di quesito insoluto ed insolubile di fronte alla interpretazione della legge. Una sentenza, però, del tribunale civile di Livorno, in data 12 aprile 1883 (1), parlando della verifica dell'art. 764 dice che per essa " il giudice delegato non fa che rimettere gli interessati alla osservanza delle forme ordinarie di procedura civile prescritte „. Questa decisione del tribunale di Livorno forse può illuminare la nostra domanda; perchè l'osservanza delle norme ordinarie di procedura civile per ciò che riguarda la verifica in base all'articolo 764, prima parte, norme raccolte negli articoli 709 e seguenti, al cancelliere nel cui ufficio sono deposti i crediti ed i documenti necessarî per lo stato di graduazione nell'analogo giudizio, di notificare tempestivamente agli interessati il fatto deposito; e per quanto la materia di cui si tratta nella sezione del Codice di procedura civile, relativa allo stato di graduazione, sia differente di quello a cui provvede l'articolo 764 del Codice di commercio, pure una certa analogia evidentemente esistendone l'applicazione di quelle norme al caso dello stesso articolo in esame, risulterebbe che il cancelliere è tenuto a quella notificazione di cui qui si fa parola: così presentiamo una soluzione al quesito proposto ed a cui la giurisprudenza sembra aver alluso.

Il legislatore, con la disposizione dell'articolo 764, prima parte, non fa distinzione di sorta tra i crediti civili ed i crediti commerciali, e tra le impugnative di un credito d'una specie o di un credito dell'altra. Parrebbe quindi da questo silenzio del legislatore che lo stesso principio governasse i crediti d'ambedue le specie. Ora una sentenza, già citata, dell'Appello di Venezia, in data 2 agosto 1883 (2), ha stabilita la massima che " dopo la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti, la domanda di ammissione di un credito civile dev'essere proposta in contradditorio del curatore dinanzi la giurisdizione civile „. Questa massima, che si pretende fondata sul coordinamento della interpretazione degli articoli 761, 763, 764, 770, 869 del Codice di commercio, e che già prima era in parte stata avanzata dalla succitata sen-

(1) *Il Dir. commerc.* (Rivista), vol. I, pag. 365.

(2) *Il Dir. commerc.* (Rivista), vol. I, pag. 359.

tenza del tribunale civile di Livorno, e combattuta, quanto al coordinamento degli articoli 763 e 770, dall'avv. De Rossi (1), non è per nulla affatto persuasiva; giacchè l'articolo 764 non parla ancora dell'esito riservato alle tardive dichiarazioni di credito od alle opposizioni, ed è solo l'art. 765 che provvede riguardo alla autorità competente per la decisione delle controversie e delle contestazioni sui crediti; articolo questo che non dà alcuna norma per ciò che riguarda le nuove dichiarazioni dei crediti presentate secondo l'articolo 764. Per il che, oltre essere inammessibile la massima dell'Appello di Venezia quando pure non facesse distinzione tra crediti civili e crediti commerciali, essa è a tanto maggior ragione infondata ed inaccettabile per la distinzione tentata fra le due specie di crediti. E proseguendo nella disamina di questa prima parte dell'articolo 764, quale è il fine riservato ai crediti di nuova dichiarazione sieno essi civili o commerciali, di competenza pretoria o di competenza tribunalizia?

In nessuno degli articoli che seguono all'articolo 764, come neppure nello stesso articolo 764, seconda parte, troviamo una disposizione che riguardi le nuove dichiarazioni di crediti, fatte dopo la chiusura del processo verbale di verificazione; negli articoli 764, seconda parte, a 768, si allude unicamente ai crediti contestati ed alle decisioni intorno ad essi da pronunciarsi dalle autorità competenti; nè può intendersi, come sembra aver preteso l'Appello di Venezia, che la voce *contestazione* o *credito contestato*, equivalga alla frase " *dichiarazione di crediti* „ esplicitamente usata dal legislatore negli articoli 758, 760, 764. Per il che la conclusione che dal coordinamento degli articoli del Codice di commercio si è forzati a trarre, è questa che le nuove dichiarazioni di crediti, presentate secondo l'articolo 764, non si sa qual esito debbano avere. Troviamo nell'articolo 769 la disposizione che riguarda la verifica dei crediti tempestivamente presentati alla scadenza del termine di presentazione prorogato a seconda dell'articolo 759. Questa disposizione, che per l'identità della materia regolata è l'unica che si potrebbe applicare anche alle dichiarazioni di crediti dell'articolo 764, prima parte, per il carattere eccezionale che presenta si avverte immediatamente come per la lettera della legge sia insuscettibile d'estensione. E le disposizioni dell'articolo 770 che, chiaramente, pel contesto dello stesso articolo, proveggono a casi ai quali non sia stato provveduto dagli articoli precedenti, non sembrano meglio di quelle dell'art. 769, applicabili al caso nostro. Ma allora non si dovrà più fare la verificazione dei crediti dichiarati in base e colle norme dell'articolo 764?

L'articolo 768 dice che i crediti presentati nel termine prorogato da quei creditori che ottennero la proroga sono suppletoriamente verificati alla scadenza di esso secondo le disposizioni diggià date per la verifica. Ed è fuor di dubbio che anche i crediti dichiarati all'epoca dell'articolo 764 debbano essere verificati colle stesse norme. Se non che si potrebbe, fondandosi su codesto articolo 769, rimediare alla portentosa dimenticanza del legislatore, dicendo che il giudice delegato dovrà verificare tali crediti nei due giorni che corrono tra la scadenza del termine utile per presentare le dichiarazioni nuove e l'udienza, in cui devono decidersi le contestazioni. Allora, fatta dal giudice delegato in quei due giorni la verifica preparatoria dei crediti nuovamente presentati, questi verranno, ammessi o non ammessi, presentati il dì dell'udienza e, davanti all'autorità competente, contestati in contradditorio del curatore e degli interessati, verrà pronunciata la sentenza

(1) " Una questione sulla verificazione dei crediti nel fallimento „ (*Il Diritto commerciale*, vol. I, pag. 308 e seguenti).

pecisiva o verranno prese quelle misure che la stessa autorità crederà convenienti e che sono permesse dagli articoli 765 e seguenti.

La seconda soluzione ci può essere presentata dall'articolo 770; ma convien interpretarlo al caso nostro con soverchia sottigliezza. Per analogia di materia questo articolo è quello che più d'ogni altro si avvicina all'articolo 764; tanto che, come ben rilevò nel suo scritto l'avv. De-Rossi già citato, la sentenza del tribunale di Livorno 12 aprile 1883, credette perfino di adottare senz'altro, per la presentazione tardiva dei crediti, il criterio dell'art. 770, dimenticando che altrimenti disponeva l'articolo 764, e che in nulla s'opponeva ad una diversa opinione il disposto degli articoli 761 e 763. — Dunque, codesto art. 770 dice che i crediti in qualunque tempo dichiarati, dopo che sieno trascorsi i termini stabiliti negli articoli precedenti, e cioè i termini degli articoli 758, 759 e 764, vengono presentati in contradditorio del curatore, purchè non siano esaurite le ripartizioni di tutto l'attivo del fallimento; ed il tribunale può anche ammetterli provvisoriamente al passivo osservando le disposizioni degli articoli 764 a 768.

La sentenza, già citata, dell'Appello di Venezia, in data 2 agosto 1883, coordinando gli articoli 764 e 770, sembra essere venuta nella opinione, espressa, d'altronde, chiaramente nella massima che abbiamo riferita, che i crediti, dichiarati secondo le norme dell'art. 764, debbano essere verificati con le norme dell'art. 770, cioè in contradditorio del curatore; e, dice la sentenza, davanti al tribunale competente; ossia, pei creditori civili davanti al tribunale o al magistrato, diciamo noi, civile; davanti al tribunale di commercio, quando tali tribunali esistevano, quando il credito è commerciale. Ma un ostacolo a siffatta applicazione dell'art. 770, che la sentenza dell'Appello di Venezia ha bellamente girato, è quello opposto dalla condizione, specificata nello stesso articolo, che i crediti, cioè, di cui si tratta ivi, non debbano essere stati presentati tempestivamente per qualcuno dei termini stabiliti negli articoli precedenti. Dunque, siccome il termine dell'art. 764 per le tardive dichiarazioni dei crediti dev'essere stato osservato da quel creditore che appunto si trovò nelle condizioni dell'art. 764, prima parte, e di quella profittò, così non sembra più applicabile il nuovo disposto dell'art. 770 (1); ed in questo punto si riaffaccia la deplorevole dimenticanza del legislatore, quanto alla verifica dei crediti dichiarati col beneficio dell'articolo 764.

È nostra opinione che dalla interpretazione della lettera della legge nessuna sufficiente soluzione possa ricavarsi, per quello che riguarda il quesito da noi proposto, e che per l'analogia dei varî disposti, come per lo spirito della legge, quantunque nessuno anche lontanissimo accenno alla questione si trovi nei motivi del Codice e, segnatamente, dei due articoli da coordinarsi, debbasi ritenere il giudice delegato come incaricato delle verifiche dell'art. 764 con quel modo che più sopra abbiamo indicato. Giacchè le funzioni del giudice delegato non sono terminate, riguardo alla verifica, con la chiusura del processo verbale; tanto è vero che egli, il dì dell'udienza fissato per la decisione delle varie contestazioni, deve dinanzi al tribunale fare la relazione come gli è imposto dall'art. 911.

Due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione delle contestazioni, scade il termine concesso dall'articolo 764 per la presentazione di tardive dichiarazioni o di opposizioni a crediti ammessi. Così questo termine, dovendo essere assolutamente osservato, costituisce la terza condizione che il legislatore ha imposto a chi vuole valersi dell'articolo in esame; le altre due condi-

(1) La sentenza 18 aprile 1889 del Tribunale di Roma ritiene pure la perfetta e necessaria coordinabilità dei due articoli (*Il Diritto commerciale*, vol. VII, colonna 432).

zioni, come il perspicace lettore si sarà di già avveduto, costituiscono la effettiva chiusura del verbale di verificazione; la notificazione al curatore ed ai creditori; ed un'altra potrebbesi aggiungere; quella del deposito dei documenti che si presentano nella cancelleria del tribunale investito della procedura del fallimento.

Il Calamandrei (1) solleva una questione che non manca d'importanza, sul termine stabilito in questa prima parte dell'art. 764, ed avanza una interpretazione intorno al momento in cui s'intende scaduto il termine in discorso che non offre molta resistenza alla critica. Quest'autore prendendo le mosse da una decisione della Cassazione fiorentina in data 10 dicembre 1874, colla quale fu stabilito che i cinque giorni di cui parla l'articolo 234 del Codice di procedura civile, s'intendono liberi e pieni, cioè non v'è compreso nè il dì della notificazione nè quello dell'esame, dice che nel caso dell'articolo 764 non si può adottare quel criterio, il quale, dice, è " ... proprio un errore... ". A parte questo apprezzamento del Commercialista toscano, al quale noi non potremmo far eco, esaminiamo quello che egli dice riguardo al momento in cui debbesi intendere scaduto il termine di cui si parla nell'articolo 764. Dice, dunque, il Calamandrei che " nel termine di due giorni non si comprende quello della notificazione, ma si comprende quello dell'udienza ", perchè " ... debbono, notificazione e deposito, avvenire almeno due giorni prima dell'udienza fissata dal giudice delegato per la decisione delle contestazioni ". Da questo dettato si ricavano due differenti considerazioni e principii: 1° che il Calamandrei ritiene giorno utile quello della udienza; 2° che il Calamandrei ritiene che il legislatore allude, nello stabilire il termine, al deposito dei titoli nella cancelleria non meno che alla notificazione. Vediamo quanto siano ammessibili questi due principii. Coll'escludere il giorno in cui dovrebbe avvenire la notificazione e coll'includere il giorno in cui si tiene l'udienza nel termine di due giorni, il Calamandrei ha effettivamente ridotto ad un sol giorno il tempo che rimane tra il deposito dei titoli e l'udienza da tenersi, o tra la notificazione al curatore ed ai creditori interessati e lo stesso giorno l'udienza. Ognuno per poco che sia pratico delle cose tribunalizie e di procedura, sa, prima di tutto, che le ore utili per l'usciere ad adempire gli atti del suo ministero sono dall'articolo 42 del Codice di procedura civile (2) fissate in modo che nel termine ultimo della giornata egli possa procedere tuttavia a tali atti. Onde deriva da questa disposizione di legge che il giorno in cui tale atto si compie non può più esser utile alla persona verso cui si adempie quell'atto perchè la giornata *commerciale* o d'affari, non meno che la giornata *giuridica* o *giudiziaria* sono terminate. Tuttavia il Calamandrei ha per sè l'articolo 43 dello stesso Codice di procedura civile (3), che parla del dì in cui fa la

(1) Op. cit., vol. I, pag. 328, n. 383.

(2) Codice di procedura civile:

Art. 42. Gli atti di citazione, di notificazione e di esecuzione non possono farsi, dal 1° ottobre sino al 31 marzo, prima delle ore sette del mattino e dopo le cinque di sera, e dal 1° aprile al 30 settembre, prima delle ore cinque del mattino e dopo le ore otto di sera, sotto pena di nullità.

Gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell'atto notificato, possono farsi nei giorni festivi.

Gli atti di esecuzione, eccettuati il pignoramento e il sequestro presso terzi, non possono farsi, sotto pena di nullità, nei giorni festivi, se non in caso d'urgenza, con permissione del pretore.

Per gli altri atti giudiziari che possono farsi nei giorni festivi provvede il regolamento.

(3) Codice di procedura civile:

Art. 43. Nel computo dei termini misurati a giorni od a periodi maggiori non si comprende il giorno della notificazione.

Nei termini misurati a ore non si comprende l'ora della notificazione.

I giorni festivi si computano nei termini.

notificazione o la citazione ma non di quello in cui si tiene l'udienza o l'esame a cui quegli atti antecedenti si riferiscono. Con tale sistema, se il giorno dell'udienza è fissato il giovedì alle ore nove antimeridiane (ora d'uso) e la notificazione deve avvenire due giorni prima contando il dì dell'udienza e non quello della notificazione, quest'ultima sarà fatta legalmente il martedì; allora, come si vede, il giorno utile rimane il solo mercoledì; sicchè se il Calamandrei credette di aver concesso realmente i due giorni, di cui parla anche l'articolo 43 del Codice di procedura civile, si è ingannato a partito, perchè il giorno, ripetiamo, non è che un solo. Ora se noi, anche senza valerci del dettato della Cassazione fiorentina interpretiamo l'articolo 764 del Codice di commercio vediamo che il legislatore dicendo " almeno due giorni prima dell'udienza fissata per la decisione delle contestazioni „ ha voluto escludere anche il giorno dell'udienza dal computo e concedere due giorni utili intieri; perchè l'udienza fissata essendo il limite a cui giunge il periodo di tempo concesso, non può essere compreso come seguito del periodo stesso.

Dalla interpretazione del Calamandrei nasce poi, riguardo alla notificazione, un altro inconveniente. Se la estensione da questo autore fatta di quel termine ad ambidue gli atti di cui parla l'articolo 764 è giusta e si può ricavare perfettamente dalla lettera della legge, non è a dirsi altrettanto della possibilità della notificazione tempestiva, quando la presentazione della dichiarazione di credito o della impugnativa, venga fatta proprio all'ultimo istante del termine concesso. Se per la notificazione il Calamandrei non conta il giorno in cui questa vien fatta, e parifica, per l'usufruibilità del periodo concesso dall'articolo 764 il deposito nella cancelleria alla notificazione di esso deposito fatta a chi di dovere, ne risulta che il creditore potrà deporre alla cancelleria del tribunale i suoi documenti nelle ultime ore del martedì, quando l'ufficio della cancelleria sta per chiudersi, se l'udienza per la decisione delle contestazioni, fu fissata il giovedì. Ma allora dove troverà il cancelliere, che deve far fare la notifica, il tempo perchè corrano due dì dalla notifica all'udienza? Qui siamo in una impossibilità assoluta e davanti ad un ostacolo insormontabile che forse il Calamandrei non avea previsto nello scrivere che " per esempio, se l'udienza è venerdì la notificazione e il deposito è validamente fatto mercoledì „ (1). Ed allora a sciogliere questo enigma che si cela tra le righe dell'articolo 764, enigma di cui il legislatore non ha data la chiave, è forza ritenere che due giorni intieri, non contando il dì dell'udienza e quello in cui vien fatto il deposito, è necessario intercedano tra quei due termini, in modo che la notificazione fatta immediatamente nel giorno successivo a quello dell'avvenuto deposito, conceda due giorni, come dice l'articolo 43, non compreso quello della notificazione, ma computato quello dell'udienza.

218. *L'epoca dell'udienza per la decisione delle controversie, posteriori alla chiusura del processo verbale.* — La prima parte dell'articolo 764 prevede e provvede al caso in cui, essendosi avute contestazioni durante la verifica dei crediti tempestivamente presentati, sia stata fissata dal giudice delegato l'udienza nella quale, dopo la effettiva chiusura del processo verbale di verificazione, debbonsi decidere, dinnanzi la competente autorità, le contestazioni. Ma può darsi che non vi sieno state contestazioni nel periodo in cui si procedette alla verifica, e che, quindi, il processo verbale siasi chiuso senza che il giudice delegato sia stato obbligato a far uso delle facoltà accordategli dall'articolo 763, quarto,

(1) Op. cit., vol. I, pag. 328, n. 383.

quinto e sesto alinea, e manchi così quel termine su cui s'aggira l'articolo 764 nella sua prima parte. Allora il legislatore vuole che l'udienza sia fissata entro un termine non maggiore di quindici giorni e non minore di cinque a partire dal giorno della effettiva chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti. Di fronte a questo disposto della legge si presentano due principali domande: 1ª nell'udienza che deve essere fissata pel termine ivi stabilito, si tratterà anche delle nuove dichiarazioni di crediti tardivamente presentate? 2ª Chi fissa il nuovo termine non maggiore di quindici nè minore di cinque giorni dal dì della effettiva chiusura del processo verbale? Abbiamo, esaminando la prima parte dell'articolo 764, già esposta la nostra opinione riguardo al modo con cui avviene la verifica dei crediti secondo l'articolo in esame; e qui ripetiamo che il giudice delegato presenterà, all'udienza così fissata, il suo verbale in contradditorio cogli interessati, e il tribunale deciderà a seconda dei casi colle norme degli articoli 765 e seguenti. Se non che, in questo nuovo vertiginoso rito procedurale che viene istituito dall'articolo 764, seconda parte, sono abrogate le attribuzioni di competenza che i due comma quarto e quinto dell'articolo 763 assicuravano al giudice delegato. Farà oppur no la relazione all'udienza, come è prescritto dall'articolo 911? Non si riesce affatto a ricavare un criterio adeguato dall'esame di questo articolo 764; e l'unica risposta che si presenta alla domanda di cui sopra, è, a veder nostro, che il giudice delegato nella verifica che dicemmo tuttavia competergli, avrà già usato della particolare competenza che gli si attribuisce dai due noti comma dell'articolo 763, quando presenterà la sua verifica coll'ammessione di certi crediti e colla non ammessione di altri: il tribunale, poi, deciderà a seconda della sua competenza, però avuto riguardo alla materia di tutti i crediti contestati, qualunque sia il loro valore. Tale sembra almeno dover essere la interpretazione che sgorga dal confronto dell'articolo 764, seconda parte, con l'articolo 770, e dall'adozione, anche in questo caso, del principio che domina tutta la materia del fallimento, quella, cioè, della massima sollecitudine nelle operazioni e della massima economia di tempo.

Quanto alla seconda domanda, la risposta che si deve fare ad essa risulta ancor più difficile perchè nessuna guida è offerta dalla legge. Il giudice delegato non è più chiamato, nel periodo che corre tra la chiusura del processo verbale di verificazione e il giorno dell'udienza, sia essa fissata da lui o debba venir fissata, quando è stabilito da questo articolo 764, ad alcuna operazione nella procedura di fallimento; è per lui un vero periodo di sosta, nel quale non è tenuto che a quell'alto ufficio di sorveglianza di cui parla l'articolo 713, ed all'adempimento eventuale di quelle altre funzioni di cui trattano gli articoli 727 e seguenti del Codice di commercio. Si noti che in questi articoli nei quali sono numerate tassativamente e dimostrativamente e specificate le varie funzioni del giudice delegato, non si ha neppure un lontanissimo accenno al caso che sgorga dall'articolo 764, seconda parte: e si noti ancora che questo stesso articolo nella sua prima parte mentre parla della notificazione che deve essere fatta al curatore ed al creditore intervenuto delle presentazioni di nuovi crediti o delle impugnative dei già ammessi, non parla affatto di alcun annunzio da farsi al giudice delegato: sicchè il buio è maggiore qui che nella " buca d'Averno tenebrosa „. Noi per vero non sappiamo arrischiare nel commento dottrinale del Codice di commercio, il criterio e l'abitudine invalsi nella pratica; criterio ed abitudine che, nella mancanza d'ogni guida, hanno cercato di rendere più comoda pei creditori e per l'autorità giudiziaria l'applicazione di questo infelicissimo articolo 764, senza tener calcolo delle contraddizioni formali e della lesione al

supponibile spirito della legge, che quella pseudo-interpretazione del non aureo silenzio del legislatore, poteva instaurare. Quindi non ne rimane che augurare che la Commissione incaricata di studiare le modificazioni constatate necessarie dalla pratica al libro del fallimento, rinnovi questo articolo 764 rendendolo sufficiente a se stesso ed allo scopo cui è destinato e mettendolo in quel giusto rapporto, con gli altri articoli, che è necessario per rendere omogeneo ed elastico l'organismo della verificazione dei crediti (1).

Da chiunque venga fissata l'udienza di cui si tratta, è indubitato, quantunque nulla si dica dal legislatore, che dovrà notificarsi il giorno, per essa fissato, alle parti interessate; e qui interessati non sono unicamente il curatore e i creditori de' quali si impugnano i crediti, ma tutti gli interessati al fallimento; quindi oltre il curatore, il fallito e tutti i creditori " i cui crediti siano verificati o soltanto portati in bilancio " (art. 763, 3° comma). Perchè, se quando il giudice delegato, in causa delle contestazioni insorte per l'ammessione di un credito, ha dovuto fissare un'udienza davanti all'autorità competente e rimettere in quella le decisioni di controversie, pel solo fatto della notizia che i creditori, che avevano presentato tempestivamente i loro crediti, devono avere dell'esito della diffinitiva verifica, ciò non è più quando durante la operazione della verifica non essendo divenuto necessario il rinvio della decisione delle controversie alla competente autorità, nessuna udienza fu fissata, e nessuna notizia possono avere gli interessati. Il caso della non avvenuta fissazione d'udienza per mancanza di contestazioni, di fronte agli interessati nel fallimento, per l'ipotesi della seconda parte dell'articolo 764, deve presentarsi come un caso vergine, un caso di verifica iniziale; e, quindi, devesi applicare a simile condizione di cose la regola che è fissata per la prima adunanza dei creditori; regola che vuole la regolare citazione dei creditori da parte del curatore (art. 764) coi mezzi additatigli dall'articolo 78 del regolamento per l'esecuzione del Codice di commercio; o quanto meno la citazione dei creditori come sembra consigliarla un autore (2). Ma in questa soluzione del proposto quesito, si incontra poi la difficoltà del tempo. Perchè l'articolo 906 vuole che corrano almeno otto giorni fra il giorno stabilito per l'operazione di cui si tratterà nell'adunanza e quello della citazione o dell'avviso. Se si seguisse questo disposto di legge, il termine massimo di quindici giorni concesso dall'articolo 764 od anche quello minimo di 5 giorni dovrebbe essere

(1) Il Vidari che ha affrontate ambedue le questioni da noi sollevate, riguardo alla verifica dei crediti tardivamente presentati, secondo l'articolo 764 dice che " .....cessato essendo il giudice delegato dalle funzioni sue di verificazione, non rimaneva altro a fare, per non perder tempo, che incaricare pur dell'esame di codeste dichiarazioni tardive la stessa autorità giudiziaria contenziosa già stata adita, secondo le diverse ragioni della competenza, per le altre contestazioni „: e quanto alla fissazione del termine di cui parla la seconda parte dell'articolo 764, la attribuisce alla " ..... autorità competente a conoscere ed a giudicare della dichiarazione tardiva..... „ (op. cit., vol. VIII, pag. 474-75: § 4644). Quest'opinione del Vidari sembra a noi più che altro frutto di una interpretazione *ex adiecto* della lettera e dello spirito della legge; come quella che pur di risolvere un dubbio non si perita di aggiungersi, checchessia, alla lettera stessa della legge. Però notiamo la dubbia bontà delle due soluzioni dell'illustre commercialista; e rimarchiamo che, quanto alla fissazione del termine da parte dell'autorità competente a giudicare, si implicò diggià una specie di giudizio di deliberazione sul merito delle cause a trattarsi, e la cognizione materiale della presentazione delle tardive opposizioni e dichiarazioni; e tanto il giudizio che la detta cognizione, l'autorità competente non possono darlo e fissare; non essendovi nessun termine anteriore per ciò fare. Quindi qui la soluzione del Vidari manca di applicabilità per la contraddizione che non la consente, trattandosi d'un fatto prepostero.

(2) PAGANI, op. e fasc. citati, pag. 107, n. 69.

aumentato di quegli otto giorni che sono ritenuti indispensabili per l'articolo 906; mentre abbiamo già veduto che il termine di due giorni dalla data dell'udienza è quello che il legislatore ha fissato anche per l'ipotesi della seconda parte dell'articolo 764. Pertanto anche colla citazione di tutti gli interessati non si potrà eccedere i giorni due che la prima parte dell'articolo in esame considera come necessari e sufficienti per la notificazione di cui si parla.

—

Art. 765.

Il tribunale o il pretore, con unico cumulativo esame di tutte le contestazioni in contradditorio del curatore e delle persone indicate negli articoli precedenti, pronuncia con una sola sentenza, quand'anche rispetto ad uno o più crediti debbasi ordinare qualche atto di istruzione.

Art. 766.

In tutti i casi nei quali non possa pronunciarsi sentenza definitiva, ed anche qualora rispetto a qualche credito pendano contestazioni rinviate alla giurisdizione civile, il tribunale di commercio può ammettere provvisoriamente, per una somma determinata, al passivo del fallimento i crediti contestati, affinchè rispetto ad essi possano esercitarsi i diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento, salva la decisione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione.

Il tribunale di commercio può sospendere la definitiva decisione sull'ammissione del credito sino all'esito di un'azione penale ad esso relativa, ovvero del procedimento penale iniziato secondo le disposizioni dell'articolo 694, e in tal caso determina parimenti se e per quale somma il credito sia ammesso provvisoriamente al passivo del fallimento.

Sommario.

279. *L'esame delle contestazioni in contradditorio del curatore e delle persone indicate negli articoli* 761 *e* 763, *fatto dal magistrato a cui il giudice delegato ha rimesse le contestazioni.*

280. *La sentenza dell'articolo* 765 *e le procedure particolari a certi crediti. — L'articolo* 765 *e l'articolo* 913.

281. *L'ammessione provvisoria del tribunale di commercio. — Le contestazioni rinviate alla giurisdizione civile, e l'esercizio dei diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento. — L'ammissione provvisoria non pregiudica la decisione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione.*

282. *La decisione del tribunale di commercio riguardo al credito contro cui pende procedimento penale iniziato secondo le disposizioni dell'articolo* 694 *Codice di commercio.*

279. ***L'esame delle contestazioni in contradditorio del curatore e delle persone indicate negli articoli*** 761 *e* 763, ***fatto dal magistrato a cui il giudice delegato ha rimesse le contestazioni.*** — Abbiamo diggià detto, in uno dei numeri che precedono, che tutte le controversie portate davanti al magistrato ordinario, civile o commerciale a seconda della competenza loro attribuita, devono essere da quel magistrato decise con una sola sentenza, senza che per ciò rimanga chiuso l'adito a quella procedura, che per una qualche causa possa rendersi peculiarmente necessaria. Questo sistema, introdotto nel vigente Codice di commercio dal legislatore del 1882, in sostituzione del sistema del Codice di commercio del 1865 — che invece ad ogni contestazione appioppava una sentenza particolare — è il portato di quel criterio, sempre seguito dal legislatore, secondo cui è nell'interesse della procedura di fallimento di seguire quella via che conduca il più brevemente possibile alla chiusura del fallimento; e la Commissione del 1869 scriveva, nell'arrecare codesta notevole innovazione: " È noto che, nel sistema attuale (Cod. di comm. del 1865), ciascuno dei crediti contestati dà luogo ad una causa distinta, e che la piena indipendenza di ciascuna di queste, abbandona intieramente all'arbitrio, ed ai molteplici interessi che vi sono involti, la determinazione del tempo in cui esse possono essere portate alla discussione ed alla decisione. È ben vero che, secondo gli articoli 609 e 610 (del Codice abolito), non ostante la pendenza delle cause suddette, il tribunale può consentire che le altre operazioni del fallimento proseguano il loro corso; ma l'incertezza della condizione che verrà fatta ai crediti controversi basta a rendere meno libero il movimento di quelle operazioni, anche nei casi nei quali la detta concessione impedisce che esse restino totalmente sospese.

" Nel sistema adottato dalla Commissione, tutte le cause relative ai crediti contestati devono essere portate ad una vicina udienza del tribunale di commercio se sono commerciali, e del tribunale civile o del pretore se sono civili. Per ottenere lo scopo testè avvisato è però ancor necessario, che tutte quelle questioni, ad esempio di ciò che è stabilito dal Cod. di proc. civile (art. 716) per la decisione delle questioni emergenti sullo stato di graduazione, siano cumulativamente discusse e decise con una sola sentenza „ (1).

Così, in seguito a queste considerazioni, fu sancito l'articolo 765. Nel quale riscontriamo due parti distinte: l'una in cui è prescritto al magistrato davanti a cui fu portata la decisione delle controversie nate nella verifica sui crediti, di procedere ad un esame unico e cumulativo di tutte le contestazioni in contradditorio del curatore e di tutte le persone indicate negli articoli precedenti; l'altra in cui si dice che questo magistrato pronuncierà con una sola sentenza, quand'anche rispetto ad uno o più crediti debbasi ordinare qualche atto di istruzione. Vediamo ora come la prima parte dell'articolo in esame giunga al suo momento d'applicazione.

Dice, adunque, il legislatore che è necessario un esame da parte del magistrato adìto in contradditorio del curatore e degli altri interessati nominati nei precedenti articoli. L'esame deve stendersi a tutti i documenti presentati ed alle ragioni addotte dalle parti contendenti sia in pro' che contro un determinato credito; e crediamo che il legislatore, scrivendo che tale esame deve essere unico e cumulativo, non possa aver inteso che la unicità o la complessità dell'esame nuocia alla valutazione che il magistrato deve far per ogni credito delle varie prove di ammessibilità come delle impugnative proposte. È il risultato, l'effetto dell'esame che dev'essere unico e cumulativo, il che si

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 821.

mostra nell'obbligo fatto al magistrato di pronunciare una sola sentenza, ma non l'esame stesso. Perchè, il solo fatto che sono chiamati a quell'udienza che deve decidere giudizialmente le controversie, tutti gli interessati e anche il curatore, mostra, come l'esame debba essere parziale o particolare per ciascuna delle contestazioni. Il legislatore dice che le persone interessate sono quelle indicate negli articoli precedenti: ora per gli articoli precedenti le persone che devonsi considerare interessate nel fallimento, sono, oltre il curatore, quelle menzionate negli articoli 761, 763, ed anche 764 (1); e diciamo anche 764 perchè esso pure è un articolo che precede l'articolo 765, ed in esso pure si parla di creditori, che sono appunto l'archetipo delle persone interessate nel fallimento. E l'articolo 765, in quanto è allusivo anche all'articolo 764, fa luogo ad una distinzione per quanto ha tratto coll'udienza che è diretto a regolare. Esso si può riferire tanto all'udienza stabilita dal giudice delegato colle norme dell'articolo 763, e menzionata nella prima parte dell'articolo 764, come all'udienza di cui parla soltanto la seconda parte di quest'ultimo articolo. In ambedue i casi è applicabile perfettamente il disposto dell'articolo 765 che chiama all'udienza gli interessati. I quali, senza prolungarci in oziose dissertazioni, sono i creditori, e il fallito, sia personalmente considerati che presenti col mezzo di mandatari legalmente o specialmente autorizzati, e, quanto al fallito, anche considerato ne' suoi naturali rappresentanti nel caso di sua morte.

Tutte queste persone che devono essere presenti all'udienza, sono citate oppur non lo sono, a seconda che l'udienza fu indetta dal giudice delegato secondo l'art. 763, oppure fu solamente fissata per le norme della parte seconda dell'articolo 764; e il contradditorio ch'esse, unitamente o contro il curatore, che in questo caso rappresenta e come attore e come convenuto la massa dei creditori, devono sostenere, verte sempre sulle contestazioni della cui decisione si tratta; contradditorio che consterà della offerta di tutte quelle ragioni e prove di fatto o di diritto documentate, testimoniali o d'altra natura, che la legge procedurale o le consuetudini di commercio, permettono di avanzare e di far valere in un giudizio. Il magistrato poi, in questa procedura sommarissima, ed in quella stessa prima udienza o nella ultima udienza colla quale si chiude la decisione delle controversie deferite alla sua cognizione, valutando liberamente la consistenza e l'energia delle prove, azioni ed eccezioni messe avanti, decide sulla ammessibilità o non ammessibilità dei crediti così esaminati. Davanti al magistrato di questa fase della verifica dei crediti non sembra ammessibile alcuna nuova impugnativa dei crediti ammessi. Perchè essa figurando come un appello contro la sentenza pronunciata dal giudice delegato secondo le norme dell'articolo 763, quarto comma, è regolata appunto da questa disposizione. Tuttavia non è detto mai quando il tribunale davanti a cui possono i creditori presentare l'appello dell'articolo 763, quarto comma, accolga e decida di quest'appello; e parrebbe, quindi, che dovendosi in questo sistema procedurale della legislazione italiana usare sempre il metodo più spedito, anche dell'appello presentato secondo la disposizione di quel comma, dovesse decidere il tribunale secondo l'articolo 765.

Ma ad una tale soluzione è dubbio assai si opponga l'articolo 913; il quale, essendo la dottrina e la giurisprudenza concordi nella letterale interpretazione da attribuirgli, stabilisce che ogni sentenza finale in primo grado di giurisdizione sulle controversie indicate nell'art. 765 è soggetta ad

(1) Su questo articolo conferma la nostra opinione la sentenza 19 luglio 1889 dell'Appello di Napoli (*Il Diritto commerciale*, vol. VII, col. 924).

appello; e la dottrina completa il disposto aggiungendo che quella sentenza non è però soggetta ad opposizione (1). Vediamo ciò nullameno che quest'articolo parla della sentenza finale in primo grado di giurisdizione sulle controversie portate alla decisione del magistrato competente per le disposizioni dell'articolo 763; e quindi, ammettendo l'appello per queste sole cause, allude, per l'applicazione della massima *inclusio unius exclusio alterius*, a cause che, pur essendo decise con la sentenza dell'articolo 765, non corrano, tuttavia, il primo grado di giurisdizione; come sarebbe appunto il caso della decisione sull'appello presentato contro la sentenza del giudice delegato.

Riguardo ai crediti dichiarati nell'epoca fissata dall'articolo 764 è indubitabile che nella udienza dell'articolo 765, si proceda alla verifica definitiva come per i crediti tempestivamente presentati secondo gli articoli 758, 760 e 763; ed in questa verifica potranno essere fatte quelle opposizioni e contestazioni che gli interessati possono proporre contro i crediti nella verifica dell'articolo 763; e il tribunale o il pretore davanti a cui furono rimandate le controversie deciderà pure riguardo alle contestazioni di questi crediti tardivamente presentati in primo grado di giurisdizione. Qui può presentarsi una non trascurabile questione così formulata: Se non essendovi alcun credito fra i contestati crediti civili di competenza superiore a quella pretoria, il giudice delegato rinviò i contendenti alla decisione pretoria, questo rinvio rimane annullato per la presentazione, a mente dell'articolo 764, prima parte, di crediti civili superiori alla competenza pretoria? Non è neppur discutibile che tali nuovi crediti debbansi deferire alla competenza del tribunale civile; ed allora, perdurando la competenza pretoria per gli altri crediti abbiamo quella moltiplicità di competenza, nella stessa materia, che il legislatore si prese tanta cura di evitare. Ma una soluzione qualsiasi non può trovare appoggio di sorta nella legge, per la quale il legislatore commerciale del 1882, si vantava d'aver " .....dato all'Italia un Codice novello, che fra le civili nazioni le assegna il posto più eminente nella legislazione commerciale „; e quindi non si può aver altro argomento, per proporre la tesi della restituzione della competenza pretoriale adita dal giudice delegato pel disposto del penultimo capoverso dell'articolo 763, al tribunale civile in forza delle nuove presentazioni di sua competenza, regolate dall'articolo 764, che dalla supponibile intenzione del legislatore, additata dal sempre seguito criterio della massima speditezza procedurale. Ma, ripetiamo, noi stessi non ammettiamo un fondamento sufficientemente solido a codesta soluzione.

280. *La sentenza dell'articolo* 765 *e le procedure particolari a certi crediti. — L'articolo* 765 *e l'articolo* 913. — Una sentenza dell'Appello di Napoli in data 19 luglio 1889 (2), analizzando in parte l'art. 765 e confrontandolo col disposto dell'art. 913, ha concluso che le sentenze che dal confronto di questi due articoli appaiono appellabili, sono quelle sole sulle controversie intorno ai crediti presentati secondo le norme degli articoli precedenti all'art. 765, escluse, però, le sentenze che si pronuncieranno in caso di *produzione tardiva* per l'art. 770; non è qui il caso di dimostrare la sostenibilità e la accettabilità della opinione della Corte d'appello napoletana; ma noi partiamo da questa sentenza per svolgere alcune considerazioni intorno all'esito che può essere riservato ad alcune delle controversie di cui dovrebbesi giudicare nella udienza dell'articolo 765.

(1) Cfr. BOLAFFIO " Della opposizione e dell'appello, ecc. „ (*Il Diritto commer.*, vol. II, col. 198). — Il CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 330, n. 385, appoggia una opinione contraria a quella del Bolaffio.

(1) Nel *Dir. comm.* (Rivista), vol. VII, col. 921.

Sulla seconda parte di questo articolo la Commissione del 1869 scriveva: " Non di rado avverrà, che tutti quegli affari non si possano discutere in una sola udienza, e perciò sarà d'uopo di applicare la regola di procedura, che a suo luogo determinerà come la trattazione possa, senz'uopo di nuove convocazioni od avvisi, proseguirsi e compiersi nelle udienze immediatamente successive. Del resto nulla impedisce, che, qualora, per alcuna delle cause discusse, fosse necessario di pronunciare l'ammessione di una prova od altra decisione preparatoria, questa pronunciazione si faccia colla stessa sentenza, che sulle altre cause decide in forma definitiva. La sollecitudine del procedimento ci avrà sempre guadagnato „ (1).

Quindi la sentenza, con cui il pretore o il tribunale, a norma dell'articolo 765, seconda parte, pronunciano definitivamente sulle controversie presentate alla loro cognizione, non è definitiva per tutte; vi è una categoria di queste, le quali rimangono sospese e potranno al più i creditori e titolari dei crediti, la controversia dei quali non fu per anco decisa, venire ammessi provvisoriamente, come si vedrà per gli articoli seguenti. Però l'espressione usata dal legislatore, che l'autorità giudiziaria pronuncia con una sola sentenza quando anche, rispetto ad uno o più creditori, debbasi ordinare qualche atto d'istruzione, se dopo le riferite motivazioni intorno all'articolo 765, non può suscitare più alcun dubbio sul modo con cui il magistrato provvederà alle controversie, per le quali sono necessari altri atti di istruzione, il dubbio si sostiene, tuttavia, riguardo all'esito definitivo di queste controversie, che pertanto figurano sospese, nè dice a quale autorità siano rinviate le ulteriori decisioni, o se l'autorità dell'articolo 765 prosegua, riguardo a quelle contestazioni nella sua giurisdizione.

L'articolo 766 parla di casi nei quali non possa pronunciarsi sentenza definitiva, e di casi ne' quali pendano contestazioni rinviate alla giurisdizione civile. Ma questo articolo, coi provvedimenti che emana nei casi indicati non sembra essere troppo riferibile a quelle contestazioni per le quali si dovette ordinare un qualche atto di ulteriore istruzione; nè l'articolo 770, che parla di atti giurisdizionali relativi a crediti non decisi e tardivamente proposti, è applicabile al caso dell'articolo 765, e vedemmo che la giurisprudenza ha fissata una massima a ciò contraria. Quindi rimane tronco su questo punto l'articolo 765 per riguardo alle controversie che necessitano atti ulteriori d'istruzione, e che quindi si hanno a ritenere sospese. Qui accenniamo soltanto la questione che svolgeremo nell'esame dell'articolo 766.

Riguardo ai rapporti che legano l'articolo 765 all'articolo 913, quanto ai rimedi concessi per la sentenza pronunciata a seconda dell'art. 765, in aggiunta a quello che abbiamo detto al precedente num. 279, qui osserviamo che la disposizione dell'articolo 913, in quanto concede l'appello contro la sentenza pronunciata per risolvere le controversie sui crediti contestati, sottopone questo appello alle norme ordinarie della procedura; ma riguardo a quella parte della sentenza in cui si ordinano, per certi crediti, particolari atti di procedura, rientrandosi in simil guisa anche con questo primo giudizio nella via della procedura comune, è dubbio se la concessione dell'articolo 913, che non ammette che l'appello, non ostante la favorevole interpretazione della giurisprudenza e della dottrina, rimanga, nella sua tassatività, applicabile al caso delle nuove fasi procedurali da percorrersi da quei crediti cui è accordato un ulteriore periodo d'istruzione. In simile caso noi riteniamo che l'articolo 913 non si debba considerare più applicabile a

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 821.

questi crediti, pei quali così subentra, come già dicemmo, quella facoltà di ricorrere ai mezzi procedurali che si consentono nella procedura ordinaria.

Nel disposto, poi, dell'articolo 913, la sentenza dell'art. 765 non viene sottratta ai mezzi, o rimedi procedurali, che ivi non sono accennati; perchè il non aver qui il legislatore parlato che dell'appello e della opposizione, non rende applicabile la massima dell'*ubi voluit*, e nemmeno quella dell'*inclusio unius*; intendendosi, invece, che quello che ivi non si accenna rimane concesso come norma indefettibile di diritto procedurale ordinario.

281. *L'ammessione provvisoria del tribunale di commercio. — Le contestazioni rinviate alla giurisdizione civile e l'esercizio dei diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento. — L'Amministrazione provvisoria non pregiudica la decisione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione.* — Il sistema che l'articolo 766 ha dato alla nuova legislazione commerciale italiana, riguardo alle ammissioni provvisorie, nello scopo di non vietare colla litipendenza ad un interessato nel fallimento, di partecipare alle varie operazioni che si fanno nel seguirsi della procedura, è alquanto diverso dal sistema che seguiva il Codice anteriore.

Per gli articoli 609, 610 e 611 di quel Codice, quando la contestazione portata davanti al tribunale di commercio non poteva essere giudicata definitivamente prima che fossero trascorsi i termini normali accordati dagli articoli 601 a 607 ai creditori che non risiedessero nel Regno, il tribunale poteva ordinare di soprassedere alla convocazione dei creditori per la formazione del concordato. Nel caso, invece, in cui non si ritenesse dal tribunale conveniente di soprassedere a tale convocazione, si poteva ammettere provvisoriamente il titolare del credito contestato per quella somma che si credeva dal tribunale. Se invece del tribunale di commercio la contestazione era portata davanti il tribunale civile o del pretore per la qualità della competenza, era ancora il tribunale di commercio che ordinava di soprassedere o di procedere alla convocazione; nel caso in cui il tribunale di commercio avesse ordinato di far luogo alla convocazione, il tribunale civile e il pretore pronunziavano d'urgenza in contradditorio dei sindaci e del creditore, il cui credito era contestato sulla istanza della parte più diligente, se il credito fosse stato ammesso provvisoriamente e fino a quale somma. Nel caso, poi, in cui il credito fosse oggetto di un procedimento criminale o correzionale, il tribunale di commercio poteva anche pronunziare il dilazionamento della convocazione per il concordato; se ordinava la convocazione, non poteva però far luogo all'ammissione provvisoria del credito e il creditore non può aver parte alle operazioni del fallimento, finchè l'autorità giudiziaria competente non avesse pronunziato sulle imputazioni penali.

Il Codice di commercio francese negli articoli 499 e 500 presenta difformità di pochissimo rilievo in confronto del Codice italiano 1865; pienamente conformi a quest'ultimo sono il Codice di commercio del Belgio agli articoli 504 e 508 e quello dell'Impero mussulmano agli articoli 206 e 207.

Il Codice portoghese negli articoli 1191 e 1192 presenta identità salienti cogli articoli 499 e 500 del Codice francese; però dà una curiosa disposizione all'articolo 1192, secondo la quale tutte le contestazioni sui crediti, di qualunque natura, in qualunque stadio della procedura di fallimento debbono, per quanto sia possibile, essere giudicate con una sola e medesima sentenza. Abbastanza singolare è la disposizione del Codice di commercio brasiliano, che rinvia senz'altro le controversie davanti a giudici arbitri.

La legge austriaca del 1869 sul fallimento

ha una sezione speciale alla procedura rispetto alle pretese controverse: essa stabilisce il diritto dei creditori delle pretese controverse di farle definire in via contenziosa con particolari procedimenti contro quelle persone che le hanno impugnate: tali persone vengono considerate nel procedimento come consorti di lite e si intendono sostituite alla massa dei creditori in modo che le ragioni addotte contro la pretesa giovino a tutt'intera la massa. Competente per tali procedimenti è il tribunale del fallimento; del resto sono adottate per questi processi particolari le norme ordinarie della procedura.

Nella ordinanza germanica del 1877 sul fallimento i §§ 134 a 136 regolano le decisioni sui crediti controversi e la competenza su tali crediti: nulla si riscontra in questa legge che possa essere riportato; anzi è notevole in essa la poca perfezione del sistema accoltovi dal legislatore.

Il Codice di commercio neerlandese ha seguito un sistema che si differenzia da tutti gli altri delle leggi commerciali europee. Per questa legislazione, ogni volta che sorga una contestazione, rimane sospesa la verificazione dei crediti, purchè la contestazione esiga una sentenza giudiziale; e nessuna nuova adunanza dei creditori allo scopo della verificazione dei crediti può tenersi prima che sia passata in cosa giudicata la sentenza giudiziale portata sulla contestazione; è il giudice delegato che rinvia le parti controvertenti davanti al tribunale ad udienza fissa, e allora vien chiuso provvisoriamente il processo verbale di verifica. Quando le contestazioni debbano essere rinviate al tribunale, questo, dopo aver inteso il P. M. nelle sue conclusioni, pronunzia, se è possibile, con una sola e medesima sentenza su tutte le contestazioni (Vedi articoli 825, 826, 829, 834). Ma questo Codice non dà alcuna regola che s'avvicini a quelle contenute nei due articoli 765 e 766 del vigente Codice di commercio italiano.

Dall'esame di codeste principalissime legislazioni commerciali parrebbe risultare una preminenza della nostra legge su quelle; però, sebbene un miglioramento notevole, specialmente per la maggior sollecitudine della procedura distingua la nuova legge italiana dalle leggi di cui abbiamo fatto un cenno, ciò non di meno essa è ben lungi anche in questo articolo 766, dalla perfezione pur relativa, che le assegnava nella sua relazione il legislatore del 1882.

La ragione dell'articolo 766 viene così esposta nel *verbale* 822 degli atti della Commissione (1): " Che le questioni pendenti non devono sospendere il corso delle operazioni ulteriori del fallimento, è necessario che il tribunale colla sentenza testè indicata possa ammettere provvisoriamente al passivo, tanto i crediti contestati, sui quali non fu possibile una pronunciazione definitiva, quanto i crediti già rinviati alla giurisdizione civile, all'effetto, che, salva la pronunciazione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione, i creditori possano intervenire nelle deliberazioni del fallimento con un voto avente efficacia proporzionata alla somma del credito, per cui sono ammessi provvisoriamente. Ciò è conforme alle disposizioni degli art. 609 e 610 (Cod. comm. 1865) testè citati, e deve essere mantenuto.

" L'articolo 611 prevede che un credito sia oggetto di un procedimento criminale correzionale, e in tal caso autorizza il tribunale a sospendere il corso delle operazioni del fallimento, ma gli vieta in tutti i casi l'ammessione provvisoria del credito. Questa disposizione apparisce troppo severa ed esclusiva.

" Un credito può aver relazione con un procedimento penale già iniziato, ovvero nel corso del giudizio per l'ammessione del credito possono sorgere indizi dell'esistenza

(1) *Atti della Commissione*, 1868, tornata delli 12 marzo 1872.

di un reato d'azione pubblica. In tali casi a tenore dell'art. 31 del Codice di procedura penale, il giudice ha la facoltà di sospendere la causa civile o commerciale, se crede che la cognizione del reato influisca sulla decisione della medesima. Nulla impedisce che lo stesso principio si applichi anche quando si trattasse di uno dei reati preveduti nel titolo II del libro III del Codice di commercio vigente (1865); poichè, se può accadere che l'indole dei fatti renda gravemente sospetta l'esistenza del credito e quindi non possa ad essa accordarsi neppure l'ammessione provvisoria, per l'influenza che questa può avere sulle deliberazioni del fallimento, può avvenire altresì che la sussistenza del credito, in tutto o in parte, possa riconoscersi indipendente dal fatto per cui si procede in sede penale. Conseguentemente il tribunale deve aver facoltà di conoscere se la decisione relativa a quel credito debba sospendersi fino all'esito del procedimento penale; ma per la stessa ragione deve avere anche in tal caso la facoltà di ammettere il credito provvisoriamente al passivo del fallimento, se lo crede sufficientemente giustificato „.

Ma le ragioni così esposte dal legislatore per giustificare le variazioni sostanziali dalla nuova legge portate al sistema della legge commerciale del 1865, non sono fornite di quella persuasività desiderabile in una questione tutt'altro che indifferente.

Il principio fondamentale che regola tutto l'articolo 766 non meno che le motivazioni intorno ad esso esposte dal legislatore, è quello che quanto possa avvenire intorno a qualcuno dei crediti presentati per l'ammessione al passivo, non debba, ordinariamente, impedire o ritardare lo svolgimento della procedura. Ma questo non pare assai bene assicurato dalle disposizioni dell'articolo in esame, solo che si osservi alla loro fisionomia generale. Questa appare a prima vista come dipendente dalla autorità del tribunale di commercio; perchè non è un dettato di legge che imponga al tribunale di commercio l'osservanza delle norme contenute nell'articolo 766; ma è invece una semplice facoltà di cui, per riguardo alla procedura del fallimento, è investito il tribunale di commercio. Il legislatore ha detto che il tribunale di commercio *può* ammettere provvisoriamente al passivo quei crediti su cui non siasi ancora pronunciata una sentenza definitiva; quindi è possibile che, pur concorrendo quegli estremi pei quali il tribunale è autorizzato a concedere l'ammessione provvisoria, non creda invece il tribunale di accordarla.

Nè l'effetto di questo uso negativo della propria facoltà fatto dal tribunale, può supporsi poco nocevole al creditore del quale si nega per simil guisa l'esercizio temporaneo de' suoi diritti nelle deliberazioni del fallimento; giacchè, per trascurare una lunga enumerazione di danni che scaturirebbero da questo fatto della negata ammessione provvisoria, noi vediamo che il il creditore cui sarebbe ritardato, in questo modo, l'esercizio di quei rimedi di legge che gli sono concessi per la più ampia tutela de' suoi interessi, è colpito dalle sanzioni dell'articolo 770, ultimo o penultimo capoverso, che addossano le spese al ritardatario e che stabiliscono speciali effetti a di lui carico. Questa locuzione dell'articolo 766 primo comma che fa luogo alla eventuale negazione d'ammissione provvisoria ha la sua origine nell'articolo 609 del cessato Codice di commercio, che concedeva, come facoltà, al tribunale di commercio di ordinare o non ordinare un dilazionamento alla convocazione pel concordato, e, in sott'ordine a tale facoltà, autorizzava il tribunale alla ammessione provvisoria dei crediti contestati nel solo caso però che la convocazione fosse concessa; evidentemente, per assicurare al titolare dei crediti contestati la partecipazione a tale adunanza. Si vede, dunque, che la materia regolata dall'antico Codice con l'art. 609, che è il progenitore del nostro art. 706 ultimo comma, è, fondamentalmente, diversa

da quella regolata da quest'ultimo; sicchè la ragione del carattere facoltativo accordato a quella disposizione non poteva più servire per la compilazione dell'articolo in esame. Tanto è vero ciò che lo stesso legislatore del 1865, nel dettare l'articolo 610, abbandonava l'espressione che dava vita alla facoltatività della misura, e *ordinava* tassativamente qual via dovesse seguire nell'analoga materia dell'articolo 610 il tribunale o l'autorità giudiziaria, di cui in quell'articolo si trattava. Anche l'articolo 499 del Codice di commercio francese, per quanto intendesse dare un carattere non obbligatorio assolutamente alle disposizioni che raccoglieva, pure copriva la facoltatività del disposto che sanciva con parole che attenuavano di fronte al magistrato chiamato ad applicarlo la facoltà che gli era concessa: nell'apparente intento che non avesse ad abusarne.

Una sentenza del tribunale di Napoli in data 27 marzo 1889 (1) dà all'articolo 766 una interpretazione diretta ad attenuare quell'autorità che vi si accorda al magistrato; e dice che vi si deve intendere la facoltà stessa in guisa che non possa usarne come oziosa ed inefficace, quando sia diggià definita la contestazione dall'autorità civile competente, ma che debba concedere la ammissione provvisoria quando realmente non vi ha una sentenza definitiva, e pendono contestazioni riguardo al credito che si ammetterà provvisoriamente.

Comunque sia dell'esercizio di questa facoltà, esercizio tutto fondato sull'onestà dei giudici e nella loro imparzialità nel definire le questioni insorgenti nella procedura del fallimento, è indispensabile, perchè il tribunale di commercio possa concedere la provvisoria ammessione, che non siasi pronunciata sentenza definitiva, o che rispetto a qualche credito pendano contestazioni rinviate alla giurisdizione civile. La prima di queste condizioni, così come la seconda, riferisconsi parte all'articolo 763, parte all'articolo 764, e parte all'articolo 765, oppur no? Sembra riferiscansi all'articolo 763, perchè noi vediamo che il rinvio alla giurisdizione civile, come anche la mancata pronunciazione della sentenza definitiva sulle contestazioni, dipendono dall'esito che nella verifica definitiva hanno avuto per l'autorità del giudice delegato le contestazioni sui crediti verificati o non verificati, ammessi o non ammessi al passivo. E se il giudice delegato, con l'autorità e la competenza conferitagli dall'articolo 763, comma quarto, trattandosi di crediti che superino la competenza pretoriale, non ha potuto pronunciare alcuna sentenza, allora si avrà tosto quella mancanza di sentenza definitiva che il disposto dell'articolo 766, considera come sufficiente perchè il tribunale di commercio possa valersi della concessagli facoltà? Se nella verifica dell'articolo 763, stante le controversie su crediti di natura civile il giudice delegato dovette rifugiarsi nel quinto comma di quell'articolo e rinviare quelle controversie all'autorità competente giudiziaria civile, si avrà quella categoria di crediti rispetto ai quali pendano contestazioni rinviate alla giurisdizione civile (art. 766)? La relazione che si può riscontrare tra l'articolo 764 e l'articolo in esame, ha la sua origine nelle controversie o nelle nuove ammissioni di cui si parla in esso articolo le quali danno luogo, alla lor volta, alla pronunciazione di una sentenza ed a conflitti di competenza ed a pendenza di liti dinanzi alla autorità giudiziaria civile, e quindi alla esistenza di quelle condizioni a cui accenna l'articolo 766. Ed a questo caso sarà allusivo l'articolo in esame? Rimane ultimo l'articolo 765. Vediamo che anche questo articolo parla di tribunale, e di pretore che pronunciano sentenza e concedono nuovi atti ed ulteriori di procedura riguardo ai crediti contestati; e neppur qui manca

(1) *Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. VII, colonna 387 e seguenti.

l'addentellato per unirlo alle disposizioni dell'articolo 766.

Invero si potrebbe supporre che l'articolo in esame, siccome nomina specificatamente in tribunale di commercio, senza alludere ad altra giurisdizione o grado di giurisdizione, così come l'articolo 765, parlando di pretore e di tribunale potrebbe ritenersi alludere, quanto al tribunale, per la mancanza della qualificazione del tribunale, al tribunale ordinario, cioè al tribunale civile, volesse dare per quanto concerne il solo tribunale di commercio le disposizioni che il precedente articolo 765 sanciva quanto al pretore e al tribunale civile: quindi da siffatta interpretazione risulterebbe che, tanto la sentenza, quanto il rinvio delle controversie alla competenza civile, dipendono dal tribunale di commercio a cui soltanto si rivolge il legislatore nell'articolo in esame. Ma tale non è l'interpretazione da unirsi alla cifra dell'articolo: in esso sono, per la facoltà ivi concessa al tribunale di commercio, comprese le norme " .....tanto per le controversie a lui rinviate a norma del quarto alinea dell'articolo 763, quanto per quelle rinviate al tribunale civile od al pretore o norma del quinto alinea dell'articolo stesso „ (1); tanto le cause per le nuove dichiarazioni e contestazioni presentate per l'articolo 764, quanto quei crediti pei quali la sentenza pronunciata pell'articolo 765 non è definitiva e decisoria ma ammette solo nuovi atti ed ulteriori di procedura.

Lo scopo che intese raggiungere il legislatore con la disposizione della prima parte dell'articolo 766 è detto nello stesso articolo: volle, cioè, che i titolari dei crediti contestati e non ancora decisi fossero ammessi provvisoriamente, perchè potessero essere esercitati " i diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento „. L'opportunità di questo provvedimento è tanto palese che non merita alcuna illustrazione; e l'esercizio dei diritti per tal guisa assicurato al creditore che per la litispendenza non può essere ammesso che provvisoriamente al passivo, non avendo altro scopo all'infuori di quello di evitargli danni nel caso che venga più tardi, decise le controversie, ammesso, doveva essere spogliato da qualsiasi facoltà acquisitiva d'una posizione giuridica al creditore. Ond'è che la provvisoria ammessione ordinata dal tribunale di commercio non pregiudica il risultato della decisione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione. Il tribunale di commercio, dice l'articolo 766 primo comma, ammette provvisoriamente il creditore il cui credito è controverso, per *una somma determinata;* cioè per una somma la cui entità, all'infuori della domanda presentata per il vantato credito, sarà fissata dal tribunale stesso; e neppure l'entità della somma così determinata dal tribunale, non pregiudica la decisione che sarà per dare il giudice competente. Sicchè quella determinata somma figura non come la causa effettiva dell'ammessione e la partecipazione di fatto del creditore provvisorio alla massa patrimoniale del fallimento, ma soltanto una causa effimera, una partecipazione fittizia e simbolica.

Una vera ragione per cui, in luogo della somma determinata dal tribunale di commercio a suo libito, non abbia stabilito, il legislatore, che la provvisorietà dell'ammessione al passivo venisse appoggiata sulla stessa somma domandata dal creditore non sappiamo vederla: perchè, rimanendo impregiudicata la effettiva ammessione del creditore sospeso, per l'ammessione provvisoria sia che questa si faccia per una determinata somma, sia che si faccia per la somma domandata, perchè l'una e l'altra sono inconcludenti, fino a che vengono sostituite dalla nuova e definitiva decisione dell'autorità competente, di nessun rilievo era, per la procedura del fallimento, che la

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 331, n. 386.

somma simbolica fosse rappresentata da quella domandata dal creditore, o da un'altra somma determinata dall'autorità giudiziaria, la quale faceva luogo all'ammessione provvisoria. E volendo ragionare un po' sottilmente, fors'anco troppo sottilmente, sugli effetti di cui è suscettibile la provvisoria ammissione di un creditore per una somma determinata, ed a vero dire, anche per quella somma che è rappresentata dalla domanda del creditore provvisorio, troveremmo che le ammissioni provvisorie dell'articolo 766, comma primo, creano un abuso di fronte alla formazione del concordato, così come è regolato nella nostra legge commerciale. Noi, diffatti, vediamo che l'articolo 833 del Codice di commercio stabilisce che il concordato non possa farsi, che col concorso della maggioranza di tutti i creditori, i cui crediti furono verificati od ammessi provvisoriamente, purchè gli assenzienti rappresentino i tre quarti della totalità dei crediti stessi; altrimenti è nullo. Le variazioni nel numero dei creditori e nella somma dei crediti derivante dalla sentenza indicata nell'articolo 765 non hanno influenza sulla validità del concordato concluso con la suddetta maggioranza. Quindi, per quello che dispone codesto articolo 833 nel suo primo comma si ha riguardo alla somma dei crediti, o al numero dei creditori? Nel secondo comma dello stesso articolo ad evitare la nullità del concordato conchiuso in una fase precedente alla pronunciazione della sentenza dell'articolo 765, si stabilisce che qualunque sia il risultato riguardo ai crediti sommati, od al numero dei creditori, il concordato rimane, com'era, valido. Ma riguardo alle conseguenze della sentenza di cui si parla nell'articolo 766, non si fa parola. Eppure, se noi interpretiamo l'art. 833, primo comma, nelle due significazioni che sembra presentare, vediamo sorgere non pochi dubbi. Ci siamo domandati più sopra, se la somma dei crediti a cui si allude dal primo comma di detto articolo, debba intendersi piuttosto come somma di creditori che come somma dei crediti, allo scopo precisamente dell'articolo 766. E la risposta si presenta, sembra a noi, non dubbia. Cioè: l'articolo 833 vuole i tre quarti della somma totale dei crediti definitivamente o provvisoriamente ammessi, e non già i tre quarti della totale somma dei creditori che si trovino nelle identiche condizioni. Allora si vede che l'ammessione efficace all'adunanza ed alla votazione pella formazione del concordato, del creditore o dei creditori, i cui crediti furono solo provvisoriamente ammessi, ha per risultato di influire sinistramente sull'avverarsi o non avverarsi dell'evento, di cui parla l'articolo 833; e che, per quanto il creditore provvisoriamente ammesso sia autorizzato tanto dall'articolo 833 che dall'articolo 766, ad esercitare il suo diritto di votare per la formazione del concordato, non si potrà mai ritenere che lo spirito dell'articolo 833 non rimanga offeso dal fatto dell'aver il legislatore ritenuto valido il concordato quando i tre quarti dei crediti rappresentati alla adunanza pel concordato siano raccolti, facendo entrare nella somma totale i crediti dei creditori solo provvisoriamente ammessi. Notisi, che questi creditori sono ammessi provvisoriamente per la somma determinata dal tribunale di commercio; e questa somma non è che un simbolo, spoglio anche di quell'apparente credibilità che le deriverebbe se corrispondesse alla somma domandata dal creditore nella dichiarazione dei crediti: e quindi la somma fatta dall'addizione di tutti i crediti ha in sè elementi sufficienti per non essere considerata come effettivamente rappresentante i veri interessi dei creditori, e per non potersi credere moralmente valido un concordato che venne accolto, perchè i tre quarti di una somma eranvi in favore della conchiusione, quando questa somma era fittizia; e neppur potevasi in essa riscontrare gli elementi originali del passivo del fallimento.

Noi, per non protrarre una critica che

meglio troverà il suo posto nel commento dell'art. 833, diciamo, a foggia di conchiusione, che il legislatore o non doveva chiamare a far parte dell'adunanza pel concordato i creditori non definitivamente ammessi; o doveva, come faceva la legislazione del 1865, dar facoltà al tribunale di sospendere la convocazione dei creditori per la formazione del concordato, fino alla decisione di tutte le contestazioni; o, messosi nella via di pericolose innovazioni, doveva almeno precludere l'adito a pericolosi arbitri determinando che la somma per la quale un creditore era provvisoriamente ammesso fosse quella avanzata nella sua dichiarazione di crediti dal creditore contestato: o, infine doveva dichiarar nullo quel concordato dove la somma dei crediti dei creditori contestati rappresentasse una parte rilevante dalla somma totale dei crediti. E se reggesse, il che non è, l'interpretazione dell'art. 833 primo comma, nel senso che per somma totale dei crediti si dovesse intendere la somma totale dei titolari dei crediti, per quanto sottoposta la invalidabilità morale e materiale, ma non legale e giuridica del concordato al solo caso in cui il creditore, o i creditori, provvisoriamente ammesso, nella decisione definitiva delle controversie sul suo credito pendenti, fosse dalla competente autorità dichiarato inammessibile, ciò nullameno l'errore commesso dal legislatore del 1882 non perderebbe molto della sua gravità e pericolosità; sicchè non dubitiamo d'affermare che dallo studio e dal raffronto dei due articoli 833 e 764, scaturisce ancora una ragione di lamentare la affrettata ed improvvida compilazione dell'attuale Codice di commercio italiano. Nell'esame particolare dell'articolo 833 vedremo se con l'inciso " .....altrimenti è nullo „ il concordato, il legislatore abbia potuto o voluto rimediare ai danni delle ipotesi suesposte; e, nel caso, come vi sia riuscito. Però, fin d'ora, dubitiamo della conclusione alla quale saremo condotti.

383. *La decisione del tribunale di commercio riguardo al credito contro cui pende procedimento penale iniziato secondo le disposizioni dell'art. 694 Codice di commercio.* — Non solo per mancanza di competenza stante la qualità del credito su cui vertono contestazioni, può il tribunale di commercio ammettere provvisoriamente un creditore, senza pregiudicare in nulla il definitivo esito della vertenza, ma anche qualora contro un creditore in causa del suo credito, sia incoato un procedimento penale, il tribunale di commercio (1) è autorizzato a sospendere la definitiva decisione sull'ammessione del credito stesso, e contemporaneamente ammetterlo o non provvisoriamente, allo scopo già delineato nel primo comma dello stesso articolo 766.

La differenza più saliente che intercede tra i due alinea di cui si compone l'art. 766 consiste in ciò: che nel primo la decisione definitiva che ammette o non ammette il credito contestato dipende da altra autorità che non il tribunale di commercio; mentre per il secondo, è lo stesso tribunale di commercio, che sospende ogni decisione, appunto per la pendenza del procedimento penale.

Altra differenza, ma che non rileva assai per l'identità dell'effetto che nasce dall'uno come dall'altro disposto dei due comma dell'articolo in esame, è quella che ha tratto più alla locuzione diversa usata, che alla sostanzialità della locuzione stessa. Nel primo comma, la facoltizzazione fatta al tribunale riguardo all'ammessione provvisoria era espressa in questa guisa " ..... il tribunale di commercio può ammettere provvisoriamente..... „; nel secondo comma si dice invece che nel caso di procedimento

(1) Richiamiamo al lettore che dove il legislatore parla di tribunale di commercio devesi oggi intendere tribunale civile ordinario.

penale il tribunale di commercio " ..... determina parimente se e per qual somma il credito sia ammesso provvisoriamente al passivo del fallimento „.

Onde si vede che mentre nel primo caso il tribunale ha direttamente la facoltà della provvisoria ammessione; pel secondo caso invece la stessa facoltà conservandosi, è pur tuttavia meno direttamente applicabile, come quella che ha d'uopo d'una specie di delibazione, lievemente delineata nella particella " *se* „, che divide in due membri distinti la decisione sulla convenienza della ammessione provvisoria.

Ma, a parte queste differenze e l'importanza da esse deducibile per l'articolo 766, secondo comma, la facoltà che il legislatore accorda al tribunale di commercio è anche più pericolosa ed inopportuna di quello che fosse l'altra accordatagli con l'articolo stesso al primo comma. In quest'ultimo, diffatti, la facoltà tocca soltanto all'ammessione provvisoria; e in ciò è pari alla seconda parte del comma secondo dell'articolo in esame.

Però il secondo alinea dice che " il tribunale di commercio *può sospendere* la definitiva decisione sull'ammessione del credito sino all'esito di un'azione penale ad esso relativa „. Abbiamo veduto che il legislatore del 1882 si vanta di questa modificazione recata al disposto dell'art. 611; il quale invece, con maggior opportunità e con più lodevole cautela, non lasciava già facoltà al tribunale di commercio di sospendere la decisione definitiva riguardo alla ammessione di un credito impugnato in procedimento penale; ma, vietando di far luogo alla ammessione provvisoria, dava tuttavia al tribunale facoltà di accordare la convocazione dell'adunanza pel concordato, vietando però al creditore di partecipare alle operazioni della procedura del fallimento.

Come si disse, parve al legislatore del 1882, di meritarsi la lode e la gratitudine dei contemporanei e di quelli " che questa etade chiameranno antica „ per la innovazione che arrecava all'antico art. 611 colla disposizione in materia analoga sancita all'articolo 766, secondo comma. Sembra a noi, invece, che il concento delle lodi sia stato tutt'altro che spontaneo e romoroso, dacchè si dovette, nemmeno un lustro dopo la emanazione di questo Codice, nominare una Commissione " allo scopo di proporre le modificazioni al nuovo Codice di commercio, dimostrate più urgenti dalla esperienza..... „; e codesta Commissione ebbe a proporre e concretare 23 diverse modificazioni riguardo alla sola materia dei fallimenti; nè si sarebbe fermata a queste sole, se al ministro Taiani, che aveva nel 1886 con decreto ministeriale del 30 giugno, istituita la Commissione, non fosse indi a poco succeduto lo Zanardelli, che non volle più che la Commissione si radunasse e proseguisse i suoi studi, e la sciolse; " perchè notissima è l'opinione che l'onorevole Zanardelli professa intorno alla eccellenza del nostro Codice di commercio „ (1). Il difetto principale della facoltà accordata dall'articolo 766, secondo comma, parte prima, al tribunale di commercio, non ha bisogno di molta dialettica per essere mostrato in tutta la sua intensità. Basta la considerazione che la ammessione provvisoria a cui può far luogo di suo arbitrio il tribunale di commercio, mentre è in corso il procedimento penale sul credito stesso, viene direttamente a creare una forma pregiudiziale e stragiudiziale di giudizio sulla realtà o inesistenza delle accuse che fecero luogo all'incoamento del giudizio penale, il che è quanto mai dannoso alla sincerità del giudicato dell'autorità giudiziaria penale, ed alla indipendenza dei vari gradi e competenze nel corpo giudiziario; basta la

(1) Cfr. VIDARI " Lavori della Commissione per la revisione del Codice di commercio „ (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. v, p. 457 e seg.).

considerazione dei danni che possono derivare alla massa dei creditori per l'ammessione di uno o più crediti impugnati, ad esempio, di falso, di dolo, davanti alla competente autorità giudiziaria penale, ammessione che senz'altro acquista al titolare del credito l'esercizio di diritti de' quali una importantissima applicazione abbiamo vista nel numero precedente 281 per riguardo all'articolo 833 sulla formazione del concordato; basta, infine, considerare come non sia giusto concedere immistioni nella procedura del fallimento e nelle ulteriori operazioni da essa dipendenti, ad un individuo il quale è già talmente sospetto che si dovette perfino invocare in di lui confronto un procedimento penale, immistioni che potrebbero far luogo ad altre manifestazioni, dannose alla massa dei creditori, della valentia dolosa del creditore provvisoriamente ammesso; basta tutto ciò, sembra a noi, per condannare codesta assurda innovazione, fatta solo perchè la troppa severità del Codice di commercio cessato, all'articolo 611, poteva riuscire dannosa a quel creditore il cui credito fosse stato malignamente portato davanti all'autorità penale, essendo egli il prototipo dell'onestà e la bianca agneletta votiva dell'innocenza; senza pensare che di solito, nella maggioranza de' casi, la innocenza del creditore il cui credito dovette portarsi ad un procedimento penale, è " *rara avis in terra, corvo rarior albo* "; senza pensare che dei danni che al creditore, riconosciuto innocente delle fattegli imputazioni, sarebbe sempre stato responsabile quel creditore che avesse sollevata tale opposizione; e contro di lui giustamente sarebbesi rivolto, come si rivolge, chi da tali leggiere impugnative abbia avuto un effettivo danno.

L'articolo 694, a cui si riferisce l'art. 766, stabilisce che, appena pronunciata la sentenza dichiarativa del fallimento, il procuratore del Re, deve promuovere in tutti i casi gli atti d'istruttoria necessari a conoscere, se vi sia materia di procedimento penale. A tal fine il presidente del tribunale di commercio, deve trasmettere, entro ventiquattro ore, al procuratore del Re copia della sentenza, con tutte le altre informazioni e notizie che pervennero al tribunale. Siechè, con questo riferimento il legislatore del 1882 crea due casi nei quali può esercitarsi la facoltà che il tribunale di commercio ritiene dal disposto dell'articolo 766, secondo alinea. Il primo caso è quello in cui il credito contestato, il quale può essere ammesso provvisoriamente al passivo del fallimento, sia oggetto di un particolare procedimento penale, suscitatogli contro da alcuno degli interessati nel fallimento, o dalla stessa Procura Regia, indipendentemente dalla qualità del fallimento; il secondo è quello a cui è relativo l'art. 694 e che dipende direttamente dalla procura regia, che può dall'esame del fallimento, ritenere necessario d'incoare un procedimento penale o contro il fallito, o contro qualcuno dei creditori accolti nel bilancio o contro qualsiasi altra persona, le azioni della quale sieno sospette, o dolose o ree, a vedere del Procuratore del Re. E siccome, tanto nel caso di procedimento penale incoato direttamente dal Pubblico Ministero, come nel caso di tale procedimento incoato per la sola impugnativa del credito da parte di un interessato nel fallimento, lo svolgersi della procedura civile e commerciale del fallimento, e il succedersi delle varie operazioni che debbono condurre alla chiusura della fallita, è indipendente affatto dall'eventuale procedimento da parte dell'autorità giudiziale penale, così si comprende come questo principio sia stato rispettato, anzi sancito, anche nell'art. 766; che, in definitiva, appunto stabilisce due procedure parallele a riguardo allo stesso oggetto, l'una dall'altra negli effetti come nello svolgimento loro assolutamente indipendenti.

Parrebbe, da ciò che venimmo dicendo, che l'azione penale di cui parla l'art. 766, relativa al credito contestato di cui si

dovesse fare l'ammessione provvisoria, dovesse essere incoata solo da chi ha interesse diretto ad allontanare dalla ammessione al passivo e dalla consecutiva partecipazione alla distribuzione dell'attivo, cioè dovesse dipendere dal fallito, dal curatore o da qualcuno dei creditori. Invece, il legislatore del 1882 ne' suoi motivi ha detto chiaramente, che il procedimento penale di cui si parla nell'articolo 766, può aver nascenza anche dall'applicazione dell'articolo 31 del Codice di procedura penale. Quest'articolo stabilisce che, quando nel corso di un giudizio civile insorga ragionevole argomento dell'esistenza di un reato di azione pubblica, il giudice dovrà informarne il Pubblico Ministero, il quale promuoverà, se occorra, l'azione penale a termini di legge. La causa civile, secondo questo articolo, rimane sospesa, se la cognizione del reato influisce sulla decisione della medesima; salvo però quanto possa essere stabilito da disposizioni speciali. Queste disposizioni speciali sono quelle appunto dell'art. 766; il quale ordina invece il proseguimento delle operazioni della fallita ed autorizza solo la sospensione riguardo al credito che venne dal giudice commerciale trasmesso, come perseguibile penalmente, al Pubblico Ministero. Sicchè abbiamo tre fonti diverse per il crearsi di un'azione penale relativa ad un qualsiasi credito: quella che è radicata nell'articolo 694 del Codice di commercio; quella che sgorga dal disposto dell'articolo 766 in rapporto con tutti gli articoli che regolano la verificazione dei crediti ed i diritti degli interessati nel fallimento da esercitarsi nella operazione di verifica; quella, infine, che dipende dal coordinamento degli articoli 766 Codice di commercio e 31 del Codice di procedura penale; notando, che l'obbligo che per l'articolo 766 coordinato con l'articolo 31 Codice commerciale e procedura penale, ha il tribunale del fallimento lo ha, ugualmente efficace e preciso, il giudice delegato.

Da ciò si ricava, che un'azione penale si può incoare contro il fallimento, o contro gli interessati in esso, per reati omogenei alla fallita, in qualsiasi epoca e stadio della procedura di fallimento. Parlando dei reati in materia di fallimento sarà trattata più a lungo una tale questione.

—

Art. 767.

Il creditore cui si contesti soltanto il privilegio o l'ipoteca è ammesso provvisoriamente alle deliberazioni del fallimento come creditore chirografario, sino a che quella controversia sia risoluta.

Art. 768.

I crediti non fruttanti interesse non ancora scaduti alla data della dichiarazione del fallimento sono ammessi al passivo per l'intera somma, colla espressa riserva, che il pagamento di ogni singola ripartizione dovrà consistere in una somma la quale, calcolati gli interessi composti in ragione del cinque per cento all'anno per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito, equivalga alla somma della quota di ripartizione.

Sommario.

283. *Ammessione provvisoria dei creditori, privilegiati o ipotecari, alle deliberazioni del fallimento. — La provvisorietà delle ammessioni quando e come cessi. — L'articolo* 834.
284. *Ammessione al passivo dei crediti infruttiferi. — Condizioni per tale ammessione.*
285. *La logismografia banchiera dell'articolo* 768. — *La data.*
286. *Trattamento dei crediti fruttiferi come illazione dal disposto dell'articolo* 768.

283. *Ammessione provvisoria dei creditori, privilegiati o ipotecarî, alle deliberazioni del fallimento. — La provvisorietà delle ammessioni quando cessi e come cessi. — L'articolo* 834. — La sola modificazione che il legislatore del 1882 ha portato all'articolo 612 dell'abolito Codice di commercio, trasportandolo nel Codice vigente sotto la cifra del 767, è costituita dall'inciso " sino a che quella controversia sia risoluta „; tolto via questo inciso finale, nessuna differenza corre tra i due articoli. E la Commissione del 1869 inseriva, nel verbale 822, questa considerazione (1): " Un altro caso di ammessione provvisoria al passivo è quello preveduto dall'art. 612 del Codice vigente (1865), che, nessuna controversia emergendo intorno all'esistenza di un dato credito, si contesti soltanto l'esistenza del privilegio o dell'ipoteca, che per esso il creditore pretende di aver acquistato. In questo caso è giusto stabilire, che fino alla definitiva risoluzione di questa controversia il creditore sia ammesso al passivo come creditore chirografario „.

Il lettore avrà notato che la controversia che impedisce l'ammessione del credito specialmente garantito, al passivo del fallimento, secondo le parole della Commissione, doveva aver avuto una definitiva risoluzione per provvedere alla trasmutazione dell'ammessione provvisoria in definitiva. E diffatti nell'articolo 825 del progetto preliminare si diceva: " fino a che questa controversia sia risoluta definitivamente..... „, mentre la redazione definitiva che trasformò l'articolo 825 del primitivo progetto nell'articolo 767, che ora esaminiamo, soppresse l'avverbio qualificativo ritenendolo un pleonasmo.

Vidari rilevando questa variazione dall'uno all'altro progetto, scrive: " Tuttavia noi crediamo che, poichè una controversia non si può dir risoluta, fino a che non sia risoluta definitivamente; così la soppressione, a parer nostro, non introduce che una modificazione di pura forma nel testo approvato dal Parlamento „ (2). E così è diffatto.

Inoltre avrà pure il lettore rilevato la difettosa locuzione usata in questo stesso articolo, effetto dell'averlo di sana pianta tolto dall'antico Codice di commercio, che non ha mai brillato per soverchia opportunità e precisione di linguaggio, in causa della di lui paternità totalmente francese. Giacchè codesto articolo 612 che ha figliato l'articolo 767 del Codice di commercio attuale è la traduzione dell'articolo 501 del Cod. di comm. francese (3). Il legislatore dice bellamente in quest'articolo 767 che il creditore di cui in esso si parla è ammesso provvisoriamente *alle deliberazioni del fallimento.....* „. Come?! *Alle deliberazioni del fallimento.....*?! Che vuol dir ciò? Cos'è codesta ammessione?! Fino a questo punto

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872.

(2) *Il nuovo Codice di commercio*, art. 767. — Milano 1882.

(3) Articolo 501 del Cod. di comm. francese: " Le créancier, dont le privilège ou l'hypothèque seulement serait contesté, sera admis dans les délibérations de la faillite, comme créancier ordinaire „.

si era sempre parlato dal legislatore di ammessione al passivo del fallimento; e tutto il capo I del titolo III del libro III del Codice di commercio, parla della verificazione dei crediti, delle ammessioni al passivo, e delle varie contestazioni che insorgano sulle presentazioni di credito al passivo.

Quindi sarebbe una cosa affatto nuova quella cui il legislatore del 1882 allude colla locuzione dell'articolo 767. Quest'ammessione alle deliberazioni del fallimento è una imprecisa e difettosa espressione che potrebbe anche essere interpretata direttamente come una nuova foggia di facoltà concessa al tribunale, come un elemento nuovo introdotto dal legislatore nella procedura del fallimento, come un'allusione alla possibilità di accordare o vietare ai creditori del fallimento, l'esercizio di alcuni loro diritti. Perchè la qualità di creditore acquista, a chi tale si vanta, di fronte al fallito, l'obbligo di proporsi come tale, anche se non fu portato in bilancio, in un'epoca che la legge gli fissa perentoriamente (art. 758), o gli concede per suo maggior comodo e in considerazione di speciali circostanze (art. 759, 764, 770). Però il diritto di partecipare alle deliberazioni del fallimento dipendendo dalla qualità di creditore verificato perchè propostosi, o soltanto portato in bilancio (art. 763, 2° alinea), è un diritto positivo che fa sì che la locuzione dell'art. 767 sia qualcosa più di una sineddoche inavvertitamente usata. La interpretazione che si potrebbe trarre da questo articolo, a tutto rigor di logica, sarebbe questa: che dovendosi ammettere il credito ipotecario o privilegiato al passivo, perchè si contestò la esistenza o la sostenibilità del privilegio o dell'ipoteca, si vieta al titolare del credito la partecipazione alle operazioni e deliberazioni del fallimento, ma non la ammessione al passivo; solo la legge ha fatto eccezione al principio generale colla disposizione dell'articolo che si esamina. Invece se noi risaliamo alle motivazioni svolte intorno all'articolo stesso, troviamo che il legislatore vi parla sempre di ammessione provvisoria al passivo; e di ciò parla come d'un diritto del creditore cui si contesti soltanto il privilegio o l'ipoteca; inerente alla ammessione al passivo è la partecipazione alle deliberazioni tutte del fallimento, e quindi non è concepibile che il legislatore avesse voluto impedire al creditore l'esercizio di quel diritto secondario, che era la conseguenza inevitabile del primo diritto concesso coll'ammessione al passivo. Concludendo; in luogo di ammessione provvisoria " alle deliberazioni del fallimento „, devesi leggere ammessione provvisoria " al passivo del fallimento „; così si evita una interpretazione che potrebbe essere singolarmente pericolosa come quella che condurrebbe a rendere dipendente dall'autorizzazione del tribunale l'esercizio di un diritto che invece è inerente alla qualità di creditore, prima portato in bilancio, poi presentatosi alla verifica, poi da ultimo ammesso al passivo; quest'ultima condizione divenendo definitiva quando siasi fatto luogo alla verificazione dei crediti.

L'articolo 766 parlando di altra specie di ammessione provvisoria, assegnava il carattere di facoltà, dipendente dall'arbitrio del tribunale (di commercio), a questa concessibilità della provvisoria ammessione. Invece l'articolo 767 dice chiaramente che la qualità di creditore, essendo constatata sufficientemente in chi è titolare d'un credito cui non si contesta l'esistenza o la entità, ma solo la qualità privilegiata che rivestirebbe, al titolare di esso credito deve senz'altro, essere concessa l'ammessione al passivo — che a tutto rigore non potrebbe essere accordata che a quei creditori i cui crediti, essendo stati accolti senza contestazioni, od essendo stati dichiarati ammessibili definitivamente non ostante le contestazioni — a tal creditore devesi anche concedere l'esercizio del suo diritto riconosciuto e legittimato e quindi anche la libera partecipazione alle deliberazioni del fallimento.

Veramente non abbiamo ragione di essere troppo contenti di questa illustrazione dell'articolo 767 che ci pare ora più oscura di prima; perchè una ammessione provvisoria al passivo essendo, per lo meno, frutto di uno sconoscimento dei veri diritti del creditore, si presenta come una improntitudine del legislatore; una ammessione provvisoria alle deliberazioni del fallimento — ripetendo le parole dell'articolo 767 — essendo per lo meno assurda, in tutti i casi ove la partecipazione a fatti od atti determinati, comechè concessa provvisoriamente, rappresenta, ogni volta che si usa, l'esaurimento più completo dell'atto stesso, e la impossibilità di un rimedio retroattivo; in quest'ordine di fatti si applica troppo assolutamente il principio *quod factum est infectum fieri nequit*, perchè sia efficace la provvisorietà, che si ridurrebbe tutt'al più alla revocabilità della concessione.

Dice l'articolo 767, nel suo ultimo inciso, che vedemmo aggiunto dal legislatore del 1882 all'articolo 612 dell'abolito Codice di commercio che l'ammessione provvisoria dura fino a che quella controversia sia risoluta. Dunque la partecipazione interinale, secondo l'articolo 767, cessa quando il tribunale o l'autorità giudiziaria, cui fu deferita la decisione della controversia (1) sull'accettazione del privilegio o dell'ipoteca che garantisce il credito già presentato al passivo interviene col suo giudizio; ed allora si fa luogo, come necessaria conseguenza della decisione, salvi contr'essa quei rimedi che la legge consente a favore degli interessati, all'ammessione definitiva come creditore privilegiato od ipotecario del titolare del credito controverso, oppure alla sua ammessione come creditore ordinario o chirografario; in quest'ultimo caso non si introduce alcuna novità, nella condizione del creditore provvisoriamente ammesso; solo l'ammessione provvisoria come creditore chirografario si trasforma in definitiva con la stessa qualità giuridica nel creditore.

Secondo il Renouard (2), la disposizione dell'articolo 501 del Codice di commercio francese, articolo identico all'articolo 612 dell'abolito Codice di commercio ed all'articolo 767 del Codice attuale, è tassativa;

(1) Il VIDARI (op. cit., vol. VIII, pag. 471, § 4641), dice che il Codice cessato chiamava alla decisione delle controversie accennate all'articolo 612 di quel Codice, le autorità competenti per materia o valore; ma che, di fronte alla attuale legislazione italiana, è applicabile, per la controversia dell'articolo 767, quanto stabilisce l'articolo 774; il quale vuole che il curatore presenti al giudice delegato l'elenco dei creditori, che pretendono di aver diritto di pegno od altro privilegio per mobili; e dispone che le contestazioni nell'esistenza del privilegio sieno decise secondo le disposizioni dell'articolo 768 e seguenti. Ora notiamo, per convincer di errore l'opinione dell'illustre commercialista, che, eccetto il caso di ipoteca navale, che potrebbesi con forzati ragionamenti chiamare privilegio sui mobili e quindi farne entrare la materia in ciò che dispone l'articolo 774, questo articolo lascierebbe insolute, quando pur fosse appellabile al caso dell'articolo 767, le controversie sulle ipoteche delle quali invece parla precisamente il detto articolo 767; sicchè il criterio adottato dal Vidari cadrebbe in parte nel vuoto, in confronto di una intera classe di garantie sulle quali si accendono di solito le più vivaci controversie tra creditori e creditori, tra creditori e fallito e tra creditori e curatore; controversie che rendono specificamente applicabile l'art. 767. Poi faremo osservare al chiaro professore, che il rimando dell'articolo 774, secondo alinea, all'articolo 768 e seguenti, adottando il criterio da lui espresso, immette in un circolo vizioso e senza uscita oltre creare il non senso che il giudice delegato dovrebbe decidere le controversie in una materia che il legislatore all'articolo 768 e all'articolo 765 sottrae, per omaggio alle regole di competenza, alla sua giurisdizione eccezionale. E di più, il riferirsi dell'articolo 774 all'articolo 768 e seguenti, mostra come l'intenzione del legislatore sia quella di portare la decisione delle controversie, che potrebbero insorgere nell'applicazione di quanto sancisce l'articolo 774, a quelle autorità seguendo quella procedura che appunto l'art. 768 e seguenti toccano e dispongono nelle loro cifre.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 538. — Contro ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 163.

cioè non si riferisce che ai creditori ivi nominati: " Aucune suspension n'est prononcée à l'égard des autres privilèges; ainsi le créancier nanti d'un gage pourra exercer ses droits le lendemain du jugement déclaratif de la faillite, comme il l'aurait pu la veille. — Mais si les poursuites ne sont pas commencées avant l'époque de la vérification, le créancier doit se faire préalablement vérifier en suivant les voies que la loi des faillites lui ouvre „. Il Pagani, che è forse l'unico autore italiano, come il Renouard è l'unico autore francese, che abbia rilevata la mancanza di qualsiasi accenno al creditore garantito da pegno nell'articolo 767, crede però che il legislatore del 1882 non abbia nominato il creditore garantito da pegno, perchè lo intese sufficientemente delineato nella qualità di creditore garantito con privilegio (1): epperò anche il creditore garantito con pegno devesi considerare colpito dalle disposizioni dell'articolo 767 nel caso gli si contesti la sua garanzia. Noi, quantunque non possiamo non riconoscere l'importanza della interpretazione del Pagani, tanto più che praticamente si dà a quest'articolo appunto simile estensione, dobbiamo rilevare che l'apparenza della applicabilità dell'*ubi voluit* a questo caso, dipende quasi esclusivamente dalla forza delle cose, ossia da tutt'intero l'indirizzo del libro III sul fallimento così com'è scritto nel nostro Codice di commercio. Noi vedemmo, e vedremo più avanti nel proseguo di questo commento, che il legislatore parlò molte volte espressamente di privilegi, pegni ed ipoteche da cui fossero garantiti alcuni crediti, stabiliendo particolari norme specificatamente per ciascuna di queste garanzie a seconda del suo *nomen juris*.

Ora, se in un articolo che ha un carattere spiccatamente particolare ad un momento della procedura, e che distende il suo effetto anche su parecchie altre fasi dello svolgersi del fallimento, il legislatore accenna soltanto, ed espressamente, a due sole delle consuete garantie che aveva più volte considerate nei crediti di una massa di fallimento, sembra che la più ovvia conseguenza da ricavare dal silenzio della legge, sia che non si vollero dal legislatore pareggiare agli effetti dell'articolo 767 i crediti garantiti con pegno. E questa deduzione logica e letterale dell'articolo in esame, trova una conferma nell'articolo 834, le cui disposizioni vedremo con quali lacci siano avvinte a codesto articolo 767.

Tuttavia, se ogni apparenza e la lettera della legge stanno per la interpretazione dell'articolo in esame data dalla massima *inclusio unius, exclusio alterius*, non si può non vedere che non vi è alcuna ripugnanza acchè il creditore con pegno venga trattato dall'articolo 767 come il creditore con privilegio e il creditore con ipoteca: e che questa sia l'intenzione del legislatore del 1882, che ha solo peccato di negligenza e di dimenticanza nella redazione dell'articolo 767, possiamo arguirlo dall'art. 834, redatto pure con non minore imperfezione, ed equivocità, nel quale a due parole di distanza i creditori con pegno, o privilegio od ipoteca, diventano creditori garantiti con privilegio ed ipoteca; sicchè, per un miracoloso fenomeno di volatilizzazione, i creditori con pegno sonosi involati dal primo alinea dell'articolo stesso. Non si è ancora formata una qualsiasi giurisprudenza sull'art. 767; il quale avrebbe anche quest'argomento del silenzio dei tribunali e delle Corti in suo favore; dovendosi ben logicamente concludere che se questo disposto della legge commerciale, che tratta di una fase, la più importante forse della procedura di fallimento, non solleva alcun dubbio, riguardo alla sua interpretazione, da' litiganti e dalla autorità giusdicente, si è letto nell'articolo quello che il legislatore non vi ha scritto; cioè che anche i creditori con pegno sono

(1) Op. e fasc. citati, pag. 108, n. 76.

trattati come i creditori con ipoteca o privilegio (1).

Ma l'articolo 767, per la particolarità della disposizione che emana, ricorre direttamente ad un articolo relativo alla formazione del concordato, come già vi ricorreva l'articolo 766. Dice l'articolo 834 che per la validità del concordato non si computano i crediti con ipoteca, con pegno od altro privilegio, se i creditori non rinuncino all'ipoteca od al privilegio. La rinuncia può riferirsi anche ad una parte del credito e degli accessori, purchè sia determinata la somma fra capitale ed accessori per la quale ha luogo, e non sia questa inferiore alla terza parte dell'intiero credito. — Il voto, dato senza alcuna dichiarazione di limitata rinuncia, importa, di diritto, rinuncia all'ipoteca od al privilegio per l'intiero credito. — Gli effetti della rinuncia cessano di diritto se il concordato non ha luogo o viene annullato posteriormente. Le deliberazioni degli altri creditori non possono pregiudicare ai diritti dei creditori ipotecari o privilegiati. Di quest'articolo 834, pari nella sostanza all'articolo 508 del Codice di commercio francese, che suscitò lunghe e non ancora decise questioni nella dottrina francese e divise in due campi opposti la giurisprudenza, dalla prima redazione dell'attual Codice di commercio di Francia fino ai dì nostri, noi non parleremo specificatamente che quando giungeremo a lui colla tessitura del nostro commento; avvertiamo qui che lo scopo che in esso si è prefisso il legislatore è quello di pareggiare tutti i creditori di fronte alla conchiusione del concordato, o mediante imposizioni di rinuncie a garantie particolari, o indirettamente, mediante diminuzioni di diritti o sospensioni di esercizio di diritti, per quei creditori che non volessero sottoporsi alla rinuncia.

Il rapporto diretto che corre tra l'art. 767 e l'art. 834 è tutto raccolto nella condizione fatta al creditore ipotecario o privilegiato ammesso provvisoriamente alle deliberazioni del fallimento come creditore chirografario, raffrontata col momento e col modo in cui questo diritto di cui parla l'articolo 767 troverebbe una applicazione ad un modo d'esercitarsi nella fase della procedura che è accennata dalle norme dell'articolo 834.

Abbiamo a lungo, troppo a lungo, discorso più addietro delle difficoltà che presentava la fraseologia usata dal legislatore nella compilazione dell'articolo 767; ed a quel passo di questo numero 283, rimandiamo su ciò il lettore. Qui domandiamo: l'articolo 834 in quanto impone rinuncie di diritti e di garantie, o particolari modi d'esercizio di tali diritti, per concedere ai creditori forniti di tali garantie la partecipazione alla deliberazione pel concordato, è applicabile ai creditori privilegiati od ipotecari, che furono, a seconda dell'art. 767, ammessi, come chirografari, provvisoriamente al passivo? Avanziamo la risposta negativa: sosteniamo, cioè, per un momento che l'articolo 834 colpisce i creditori dell'articolo 767; allora immediatamente assistiamo alla irrisione dell'articolo 767 il quale concede ai creditori di cui parla un diritto che nel suo esercizio viene annullato dall'articolo 834.

La dottrina francese in codesto conflitto tra i due articoli 501 e 508 (Cod. commercio franc.), accoglie che i creditori ipotecari o privilegiati, ammessi al passivo come chirografari, quando non vogliano rinunciare alle loro garantie, avendo pur preso parte come era lor diritto per l'art. 501 (767 Codice nostro) alla deliberazione per il concordato, non hanno però alcun diritto di votare; sarebbe cioè un semplice diritto di assistenza, spogliato da ogni vantaggio, quello che la dottrina francese accorda ai credi-

(1) Si consideri la sapiente motivazione della sentenza 11 dicembre 1888, Appello di Brescia (*Il Diritto comm.* [Rivista], vol. VII, colonna 58).

tori dell'art. 501 nel momento della procedura in cui si applica l'articolo 508 (1).

Se noi intendiamo che l'art. 834, parlando di rinuncia espressa o tacita al diritto di pegno, di privilegio o di ipoteca, voglia riferirsi indistintamente ai creditori che apparvero muniti di garantia per l'analoga dichiarazione di crediti, indipendentemente dalle contestazioni sollevate nella verifica contro codesta qualità, allora non vi ha dubbio che il disposto dell'articolo 834 si applichi anche all'articolo 767 ed ai creditori di cui ivi si tratta; perchè, ed è ben vero ciò, la litispendenza non si oppone alla rinuncia, da parte degli interessati all'oggetto della lite, la quale così verrebbe a spegnersi. Ma, data codesta coordinazione dei due articoli in conflitto, perchè mai si è concesso al creditore ipotecario il diritto di partecipare alle deliberazioni del fallimento, perchè mai lo si è ammesso al passivo come creditore chirografario, qualità che gli attribuisce per la sua sola essenza il diritto di esercitare tutti quei diritti, come il dovere di sottostare a tutti quegli obblighi che la procedura di fallimento nel suo svolgersi può creare pro o contro i creditori del fallito, quando gli si nega in una delle fasi più importanti della procedura di partecipare *attivamente* alle operazioni? quando l'articolo 767, che tende ad assicurare l'esercizio *attivo* dei suoi diritti ad un creditore, vien per tal guisa derogato dall'articolo 834, che trasforma in esercizio *passivo* l'esercizio di quel fondamentale diritto del creditore?

Proponiamo invece la risposta positiva; sostengasi, cioè, che l'art. 834 non alluda ai creditori dell'articolo 767; i quali devono essere sempre considerati come creditori chirografari, perchè come tali la legge li ammette al passivo ed alle deliberazioni del fallimento, e come tali fanno valere, ed hanno precisamente il diritto a farlo, la loro qualità di creditori. Allora non potendo venire considerati come creditori muniti di garantia dal momento che la loro garantia è impugnata davanti all'autorità giudiziaria, ed una sentenza può sopravvenire a distruggerla: accadrebbe che considerando tali creditori come rivestiti di fatto e di diritto della particolare figura giuridica loro attribuita dalla qualità vantata al loro credito all'atto della dichiarazione, si verrebbe a pronunciare di fatto un giudizio sul merito, che è al tutto riservato all'autorità adita per la decisione della controversia. Ed una sentenza dell'Appello di Brescia, in data delli 11 dicembre 1888, poco sopra citata, riconobbe al creditore ammesso al passivo come chirografario a seconda dell'art. 767 il diritto di prendere parte attiva alle deliberazioni del concordato non solo, ma gli comminò contro la sanzione della perdita dell'ipoteca, qualunque fosse l'esito della lite su quella vertente, quando non si oppose alla sentenza di omologazione del concordato; così, alla disposizione dell'articolo 767, riguardante l'esercizio dei diritti nelle deliberazioni del fallimento accordato al creditore ipotecario o privilegiato, per litispendenza sulla vantata garantia, ammesso al passivo come chirografario, si accorda il massimo di efficacia e d'intensità favorevole al creditore.

Ma seguendo tale dettato della giurisprudenza, nasce tosto il caso, che un creditore con garantie, ammesso a seconda dell'articolo 767, e partecipante attivamente alla operazione e deliberazione dell'art. 834, voti sulla deliberazione relativa al concordato, senza, per la posizione peculiare in cui si trova, rinuncia totale o parziale e senza alcuna condizione espressa o tacita; influendo così, come la legge non vuole, sull'adozione o reiezione del concordato, diventando effettivamente, per la decisione favorevole dell'autorità giudicente sulla

(1) Bédarride, op. cit., vol. II, pag. 113 e seg., n. 487 e seg.; Boulay-Paty, op. cit., pag. 37 e seg., n. 496 e seguenti; Alauzet, op. cit., vol. IV, pag. 163-164, § 1768.

controversia, quel creditore munito di garantia, quale egli erasi dichiarato, presentando i suoi crediti, e quale il legislatore, che ha sanciti gli articoli 758, 760 e 767 non voleva ammetterlo al concordato con la disposizione dell'articolo 834. Così è più che evidente la difficoltà di coordinare i due articoli che vediamo collidere fra loro; ed appare chiara quella contraddizione tra essi che il Renouard (1) negava esistesse tra gli identici articoli 501 e 508 del Codice francese; e quasi insolubile si presenta il problema.

Noi, di fronte al diritto commerciale italiano, ed alla dottrina (2), che sembra aver accolto il criterio della dottrina francese, facciamo osservare che il creditore dell'articolo 767 partecipa come creditore chirografario alle operazioni e deliberazioni del fallimento; a tutte, indistintamente: che egli è, come tale, dall'articolo 767 ammesso *espressamente* alle deliberazioni: che l'articolo 834 parla egli della equiparazione del creditore con garantie al creditore chirografario e parla delle deliberazioni del concordato, che, quindi, il confronto del testo dei due articoli sembra più favorevole alla ammessione e votazione pel concordato, del creditore di cui parla l'articolo 767: e che solo una interpretazione, tratta " con lungo studio e grande amore „, dell'articolo 834, del suo scopo, dei suoi effetti, può condurre ad una risposta soddisfacente; sicchè, rimandiamo il lettore al commento che di tale articolo faremo a suo tempo.

384. *Ammessione al passivo dei crediti infruttiferi. — Condizioni per tale ammessione.* — L'articolo 768 richiama una categoria di crediti che il legislatore aveva già accennati negli articoli 707 e 738; i crediti, cioè, i quali non sono ancora scaduti. Qui pone anche la data entro la quale si verifica la qualità derivante dal giungere del credito al momento in cui dovrebbe essere pagato; e questa data è quella della dichiarazione del fallimento; la data, cioè, della sentenza con la quale il tribunale competente dichiara il fallimento. Altra qualità che, oltre la scadenza, il legislatore esige nei crediti per applicarvi la disposizione dell'articolo 768, è quella per cui i crediti non debbano essere fruttanti interesse. Ma, quanto alla qualità di scaduti è d'uopo richiamare la disposizione dell'articolo 701 del Codice di commercio, il quale considera scaduti, per effetto della dichiarazione di fallimento, i debiti a scadenza obbligatoria a carico del fallito e quelli la cui scadenza è rimessa alla di lui volontà; e riguardo alla qualità di fruttare interessi non va dimenticato l'articolo 700 nel suo primo alinea, nel quale è stabilito che la sentenza che dichiara il fallimento sospende, soltanto, però, rispetto alla massa dei creditori, il corso degli interessi dei crediti non garantiti con ipoteca, pegno, od altro privilegio.

Ora, dal confronto di questi tre articoli 768, 701 e 700, vediamo che essi si unificano quanto al momento in cui stabiliscono il nuovo valore giuridico dei crediti di cui si tratta in ognuno di essi; è la data della dichiarazione di fallimento; è la data della sentenza dichiarativa del fallimento quella che è posta dai tre articoli come termine della vita giuridica dei crediti, anteriormente al disastro del negoziante, e come punto di partenza della nuova vita che pei crediti si apre nello svolgersi delle varie operazioni della fallita. Così con il coordinamento dell'articolo 700 e dell'articolo 768 vediamo che la sentenza dichiarativa del fallimento alla cui data ambidue gli articoli si riferiscono, rende infruttiferi tutti i crediti i quali erano stati pattuiti tra il commerciante e il creditore come fruttanti interesse. Però quest'effetto si produce solamente riguardo alla massa dei creditori; e

(1) Op. cit., vol. I, pag. 536; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 174, § 1768.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 324, n. 390; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 470, § 4641.

dal coordinamento dell'articolo 701 e dello stesso articolo 768, si raccoglie che la data della sentenza dichiarativa del fallimento influisce ad attribuire la qualità di scaduti a quelli dei crediti che hanno scadenza obbligatoria a carico del fallito o la scadenza dei quali è rimessa nella volontà di lui. Ora l'articolo 768 parla di interessi non ancora scaduti alla data della dichiarazione del fallimento, e non fa dipendere questa non ancora verificatasi scadenza dalla volontà del fallito, una delle condizioni dell'articolo 701; ma dalla qualità loro che ne trasporta la scadenza ad un tempo qualsiasi, ulteriore alla data della dichiarazione di fallimento: ed a questa epoca lontana adatta l'articolo 701 la recisione istantanea con la sentenza che dichiara il fallimento, ritenendo issofatto scaduti anche i crediti la cui scadenza è a carico del fallito: per il che, quando si rende applicabile l'articolo 768, non si hanno che crediti scaduti. Ma come va allora che ivi si parla di crediti non scaduti alla data della dichiarazione del fallimento i quali non fruttano interesse? Questa locuzione della legge mostra che il legislatore vuole alludere ad un'altra categoria di crediti i quali pure essendo, con la sentenza dichiarativa del fallimento, necessariamente scaduti, pure non hanno qualità di fruttare interessi: e qui subentra l'articolo 700 che ritaglia tosto il decorso degli interessi ai crediti chirografarî mediante la pronunciazione della sentenza dichiarativa del fallimento. Donde deriva che l'articolo 768 tende a completare ambidue gli articoli 700 e 701, sia coordinati che separati. Se l'articolo 768 parla di crediti non ancora scaduti, mentre la sua posizione non gli permetterebbe, di fronte al disposto dell'articolo 701, di supporre dei crediti non scaduti quando è già avvenuta la verificazione dei crediti, rimedia a questa apparente contraddizione, richiamando il limite della data della sentenza che dichiara il fallimento, con quella effettività già stabilita dall'articolo 701; e se parla di debiti non fruttiferi non però intende che questi si considerino dopo la pronunciazione della sentenza dell'art. 691, ma vuole che la loro qualità si consideri qual'è stabilita nell'atto con cui furono costituiti.

Noi vediamo, da questo non facile collegamento dei tre articoli 700, 701 e 768, delinearsi un equo (1) criterio, che non era possibile secondo la legislazione commerciale abolita, alla quale mancava un articolo come quello che ha preso la cifra 768 nel Codice di commercio attuale. E codesto criterio equitativo interposto dall'art. 768 all'applicazione dei due articoli 700 e 701, consiste in ciò: che toglie la parificazione, per l'intervento della data della dichiarazione di fallimento, tra i creditori i cui crediti non fruttavano interesse e quelli che dal loro credito lucravano interesse; perchè la restituzione anticipata del capitale che ai primi non avrebbe recata alcuna perdita, l'avrebbe, e grave, procurata ai secondi, che avrebbero perduto gl'interessi del loro capitale per quel tempo che correva tra la pattuita scadenza del credito e la data della sentenza dichiarativa del fallimento (2).

Questa iniquità di trattamento, che pur sancivasi dal Codice abolito, fu allontanata dall'articolo 768 del Codice attuale, che in una non ben lucida esposizione stabilisce, che i crediti i quali non sono fruttiferi e non sono ancora scaduti all'epoca della dichiarazione di fallimento siano bensì ammessi per il loro intero ammontare al passivo del fallimento, ma in modo che la somma che i titolari di essi percepiranno ad ogni ripartizione di attivo, come quota loro spettante non superi l'ammontare di questa stessa quota.

La legge, quindi, nello scopo di non pa-

(1) Così è detto dal CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 335, n. 391.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 335 n. 391.

gare somme, che sarebbero troppo elevate, ad un creditore di fronte ad altri creditori del fallimento, ha voluto rendere condizionale l'ammessione di simil sorta di creditori al passivo; ha voluto una condizione espressa, la quale dev'essere accettata dal creditore, in forza della quale egli rinunci ad una parte del suo credito, corrispondente agli interessi scalari del cinque per cento, lucrati in tutto il tempo pel quale, dopo la dichiarazione del fallimento, doveva durare il credito (1).

La condizione che l'articolo 768 impone ai creditori, che il legislatore in esso articolo contempla, e che vi chiama " espressa riserva „, è imposta, senz'altro e come condizione perentoria o *sine qua non*, si farebbe luogo alla ammessione al passivo, e malgrado il titolare del credito così colpito dal legislatore; oppure si presenta al titolare qualche altra via di scampo? La Commissione stessa, che però accoglieva e trasformava in formula di legge il desiderio delle Camere di commercio italiane, espresso nel loro terzo Congresso (2), sentiva che " .....potrebbe dubitarsi, se sia giusto il sottoporre ad una modificazione sì radicale la condizione giuridica dei terzi, da turbare l'integrità del credito con un'arbitraria deduzione „ (3); ma non poneva a questo pericolo, tanto bene scolpito, altro rimedio che quello di fissare in una formola logaritmica la locuzione da farsi, e malgrado l'opposizione di buona parte de' commissarî, pure, forte della maggioranza, sanciva l'articolo 768.

Abbiamo detto che si è voluto mettere nella stessa condizione, con quest'articolo, i creditori che lucrassero, per la qualità del loro credito, interessi dal fallito, e quelli che non ne lucrassero alcuno, coordinando, in esso articolo 768, le disposizioni dei due articoli 700 e 701; ma veramente lo scopo si è raggiunto danneggiando il creditore che aveva un credito *grazioso* contro il fallito e invece in nulla nuocendo al creditore che vantava verso il fallito un credito oneroso. E questo apparirà tosto che si considerino in contraddizione fra loro gli esempi che esporremo qui sotto.

Il fallito A deve al creditore B la somma y per la quale ei non paga al detto creditore alcun interesse; deve altresì al creditore C la somma y' uguale alla somma y, per la quale il creditore percepiva dal fallito un annuo interesse; ora, dichiarato il fallimento il creditore C non percepirà più nessun interesse, neppur se scaduto; e per volontà del legislatore, nell'intento di pareggiare le due specie di creditori, come dice il Calamandrei, mediante l'art. 768, se i creditori possono venir pagati integralmente sull'attivo del fallimento, il creditore C percepirà la sua intera somma y' ossia il capitale che aveva mutuato al fallito; mentre il creditore B non percepirà già il suo capitale rappresentato dalla somma y, che egli aveva pur mutuata, *nihil inde sperans*, come vuole San Luca, ma una somma che corrisponderà al suo capitale y, dedotta però una somma x corrispondente al risultato di un calcolo logaritmico d'interessi, che egli avrebbe potuto lucrare nel tempo che corre tra la data della sentenza dichiarativa di fallimento e quella fissata per la scadenza del credito, se avesse mutuato il suo capitale al fallito al tasso del 5 p. %.

E questa condizione, per la quale tanto e così iniquo danno vien dato al creditore meno colpevole del fallimento del commerciante, l'articolo 768 la impone come tassativa al creditore stesso; pena, sembra doversi dedurre dall'articolo, la non ammessione al passivo e il sottostare a tutti i

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 823.

(2) Tenutosi in Napoli il 1871 (*Atti* di questo Congresso, pag. 61, 107, 532).

(3) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 823.

disastrosi effetti che ai creditori possono derivare per la negata partecipazione alle varie operazioni del fallimento. Nè sappiamo quali opposizioni possa sollevare il creditore così maltrattato dall'articolo 708; perchè la formola usata ivi dal legislatore con le parole " espressa riserva „ se fa nascere il dubbio, che questa sia la prima parte, il primo membro, l'apodosi di una completa formola alternativa, tale dubbio si risolve negativamente e contro il creditore, perchè poi il legislatore non ha mai più aggiunto il membro opposto della alternativa, la protasi di quella apodosi. Certo, che tutti i rimedi che la legge commerciale consente al creditore, che abbia ragione di tenersi offeso dai risultati della procedura di fallimento a suo riguardo, potranno essere esercitati dal creditore dell'art. 768; ma non è meno certo, altresì, che nessuna alternativa gli è concessa da questo mal composto articolo 768.

285. *La logismografia banchiera dell'articolo* 768. — La prima impressione che si subisce dalla lettura dell'articolo 768, è quella di uno smarrimento della facoltà di intendere ciò che il legislatore veramente abbia voluto dire. Poi, fermandosi con intento indagatore su quel coordinamento di parole, il buio diventa ancor più denso e la mente si rivolge a snebbiare da quella locuzione un principio affatto diverso da quello voluto dalla legge: e, se non si ricorre a quanto ha motivato intorno a questo articolo la Commissione del 1869, non si riescirebbe a togliersi dalla conclusione contraria affatto a quella cui l'articolo 768 intende; " .....per ottenere la parità di trattamento a cui si mira, dice la Commissione (1), bisognerebbe addivenire a tanti calcoli minuti, che le difficoltà del procedimento potrebbero riuscire enormemente aggravate. Volendosi infatti pareggiare il vantaggio che risentono dal fallimento i creditori di somme infruttifere col danno dei creditori di somme fruttanti, bisognerebbe determinare, se veramente i primi soffrono un danno ed a quanto questo ascenda. Supposto, a mo' d'esempio, che l'interesse dovuto ad uno di questi sia di molto inferiore non solamente alla misura commerciale, ma anche all'interesse legale, egli è certo che qualora il di lui credito avesse una scadenza remota la perdita ch'egli soffre per la sospensione dell'interesse è sorpassata di gran lunga dal vantaggio ottenuto per l'anticipata scadenza, e quindi egli pure dovrebbe sottostare ad una detrazione sul capitale, in proporzione della differenza fra l'interesse convenuto, che si è supposto minimo, e l'interesse legale o commerciale. Arrestandosi a quest'unico esempio fra i tanti che potrebbero addursi, taluno dei membri della Commissione si manifesta dissenziente all'accogliere la proposta disposizione.

" Ma la maggioranza, partendo dall'idea, che nella materia di cui si tratta, non si può cercare l'esattezza matematica, che le più lievi differenze si trovano appianate dinanzi al pagamento fatto con moneta del fallimento, e che, considerata nel suo generale concetto, e nei risultamenti approssimativi, la proposta può giovare nella maggior parte dei casi a mantenere la parità di trattamento fra i creditori, delibera, che nel caso di ammessione di crediti non fruttanti interesse e che sarebbero pervenuti a scadenza oltre l'anno dalla data della dichiarazione del fallimento, debba detrarsi dai medesimi l'interesse legale dall'epoca anzidetta fino alla scadenza „. Questo articolo che nel progetto preliminare portava la cifra 826, non piacque alla Camera di commercio di Foligno; la quale propose una diversa redazione, brillante di chiarezza, incomparabile con quella dell'articolo adottato dal legislatore.

La Camera di commercio di Foligno

(1) Tornata 12 marzo 1872 - Verbale 832.

aveva redatto l'articolo 826 in modo che si capisse tosto quale doveva essere l'operazione che vi si indicava (1); e se a quella compilazione il legislatore avesse aggiunto, adottandolo, il periodo di un anno, che la Commissione accennò ne' suoi verbali, accogliendo la proposta del terzo Congresso delle Camere di commercio italiane, tenutosi in Napoli, si sarebbe evitato all'articolo 768 la sua forma enigmatica, e la iniquità di non fissare un tempo di scadenza, oltre il quale non fosse applicabile la logismografia dell'articolo 768.

Perchè, fra l'altre, noti il lettore la stupefacente conseguenza che deriva dall'articolo 768: Un credito che sia stato concesso, senza stipulazione d'interessi, al fallito da un Tizio qualsiasi, può venire eliminato dalla lunga scadenza; sicchè il Tizio non debba nemmeno essere ammesso al passivo per la evaporazione logaritmica del suo credito. Ma come si può tollerare un assurdo tanto pericoloso e tanto iniquo nella sua applicazione? Come non apparve al legislatore questa strana conseguenza scaturibile dal suo logogrifo in forma d'articolo di legge?

Tutti sappiamo che con l'interesse composto del 5 p. % un capitale si raddoppia in 13 anni; ora applicando a rovescio questo assioma del calcolo troviamo che un capitale in 13 anni si riduce alla metà deducendo l'interesse composto del 5 p. %; quindi, con questo sistema di assorbimento del capitale per la deduzione degli interessi ne viene che in un periodo facilmente calcolabile con le tavole logaritmiche l'intero capitale scompare ingoiato interamente nel baratro di questa nuova foggia di succulenta usura legale. Nè vide il legislatore, che l'applicazione del principio stabilito con tanta insipienza all'articolo 768, era stato, con alta previdenza, limitato, e dalla Commissione e dal voto del Congresso delle Camere di commercio, a quei crediti non fruttanti interessi la cui scadenza non si protraesse oltre un anno dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, ed applicato alla guisa di uno sconto; mentre con il criterio illimitato nel tempo della sua applicazione dell'articolo 768, quale è nel nostro Codice di commercio, si viene alla iniqua devoluzione del capitale a beneficio della massa.

Ma veniamo alla esplicazione delle enigmatiche parole di questo articolo che dice: " .....il pagamento di ogni singola ripartizione dovrà consistere in una somma la quale, calcolati gli interessi composti in ragione del 5 p. % all'anno per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito, equivalga alla somma della quota di ripartizione „. Si raccoglie da questo che, oltre la deduzione generale dal capitale considerato quale appare dal titolo stesso del credito, si fa luogo, ogni volta che avvenga fra i creditori una ripartizione di attivo, ad una deduzione dalla quota che viene assegnata al creditore; e poi nemmeno a questa seconda deduzione sembra fermarsi la rapacità del legislatore; il quale vuole che la somma che risulta da queste due deduzioni equivalga alla somma della quota di ripartizione. " Se io ho ben le *sue* parole intese „, qui il legislatore lascia appiglio ad un terza eventuale deduzione; perchè, se alcuno potrà opporre, che le parole usate dal legislatore possono essere anzi rivolte a favorire il creditore, mediante l'aggiunta di una quota d'accrescimento alla somma che risulterebbe, per

(1) Art. 826, come era proposto dalla Camera di commercio di Foligno: " Ammettendo al passivo crediti, la cui scadenza fosse al di là della data della dichiarazione di fallimento, dovranno i medesimi, pel favore della retroazione della scadenza cui sono ammessi, venir sottoposti ad un conto al saggio legale e pel tempo che intercede tra la scadenza del titolo e la data della dichiarazione di fallimento „.

ogni ripartizione, dalla suddivisione del capitale originale del credito, sgretolato dalle due deduzioni, qualora tale somma risultasse inferiore alla somma della quota di ripartizione, ottenendosi in simil guisa la equivalenza delle due somme come vuole il legislatore; noi opponiamo che non solo non avverrà mai ciò, ma sarà nell'ordine normale dei fatti che avvenga tutto il contrario. Non avverrà mai quello che abbiamo introdotto a dire, il supposto interprete dell'articolo 768, perchè, nel caso migliore, dell'esito di un fallimento; nel caso, cioè, in cui tutti i creditori vengano pagati interamente sull'attivo, il solo creditore di un credito non fruttifero, per l'applicazione dell'articolo 768, non riuscirà a ricuperare interamente il suo credito; nè l'ammessione di questa categoria di crediti al passivo per l'intera somma, deve far luogo ad illusioni, dacchè si vede che la partecipazione vera, reale al fallimento, è misurata dalla effettiva quota totale sulla quale saranno poi fatte le distribuzioni d'attivo. Ed avverranno allora delle ulteriori diminuzioni delle somme risultanti dalla logismografia finanziaria dell'articolo 768; perchè il legislatore, avendo imposta l'equivalenza tra le due somme, intende diminuire la somma della ripartizione calcolata sul credito non fruttifero, fino a tanto che, essendo più esigua la somma della quota di ripartizione, ambedue le somme equivalgansi.

È buono per il creditore del credito infruttifero, che il legislatore, pur trattandosi di materia essenzialmente commerciale, e per la quale, quindi, rendevasi logicamente applicabile il saggio d'interesse commerciale del 6 p. % abbia adottato il saggio civile del 5 p. %: che in caso diverso la volatilizzazione del suo capitale si sarebbe operata anche più vorticosamente a danno del creditore (1).

E dall'articolo 768, per la duplicità nella considerazione della somma del credito di cui ivi si tratta, dà luogo ad un dubbio nel suo necessario coordinamento con l'articolo 833. In quest'articolo che parla del modo onde si compone e si rende valido il concordato, il creditore dell'articolo 768 come sarà considerato per la partecipazione sua all'adunanza, alla cui validità è necessario l'assenso di tre quarti della totalità dei crediti? Che il disposto dell'articolo 833 sia adattabile all'articolo 768 non può esservi dubbio, dacchè il legislatore in quello ha parlato dei creditori ammessi al passivo, sia provvisoriamente che definitivamente, e dei creditori i cui crediti siano verificati: ed il creditore che soggiace alle disposizioni dell'articolo 768 si trova in codeste condizioni. Ed egli è ammesso al passivo, per l'intera somma del suo credito ma ben inteso che la riserva espressa, la condizione dell'ammessione è quella che egli si debba, pel solo fatto d'essere stato ammesso al passivo, intendere sottoposto alla essanguante distrazione di capitale che la legge con matematica precisione ha calcolato. Ed allora il suo credito come entrerà nella somma dei crediti da farsi, secondo l'art. 833, e della quale si considerano i tre quarti per la validità del concordato? Se si calcola l'entità originaria del capitale, come

(1) Come esempio pratico, per quanto vessato da un errore che si rileverà più avanti, riportiamo questo brano dal Vidari (*Il nuovo Codice di commercio*, art. 768, Milano 1882):

" Supposto che il credito verso il fallito sia di lire 10, 100 pagabili senza interessi dopo 10 anni, la somma da pagarsi, acciò il pagamento mediante gli interessi composti scalari al 5 per cento, produca alla fine dei 10 anni la somma totale di lire 10,000 sarà di lire 6139. 20, come ciascuno può verificare con le tavole logaritmiche; epperò anche il pagamento d'ogni singola ripartizione a cui il creditore avrebbe diritto, se il credito suo, anzichè non ancora scaduto, fosse già scaduto al tempo in cui la sentenza dichiarativa fa risalire la cessazione dei pagamenti „.

Il CALAMANDREI (op. cit., vol. I, pag. 335, n. 391, nota 1ª), avverte che il principio accolto dall'articolo 768 non è nuovo in Italia, come quello che è desunto dal decreto 9 marzo 1850, n. 74, del Regio Commissario per l'Emilia, e riprodotto poi in altri decreti d'altre regioni e principati italiani.

fu constatata dalla verificazione stessa ed ammessa anche, benchè con la espressa riserva della falcidazione logaritmica, allora il creditore di un credito non fruttifero entrerà con un valore fittizio, per lui mai raggiungibile, nella somma dei crediti che vien fatta per calcolare la validità del concordato; e quindi la presenza di questo valore non vero, non realizzabile può influire a far adottare ingiustamente un provvedimento dell'importanza del concordato, quando il creditore, che influì per tal guisa su quell'adozione, non potrà nè esserne nociuto nè esserne vantaggiato, per la necessaria rinuncia di parte del suo capitale fatta secondo ciò che dispone l'art. 768. Se invece si calcola la somma del credito stesso con le deduzioni logaritmiche già applicate, e non tenendo calcolo dell'ultimo inciso dell'articolo 768, che vedemmo proporre una terza eventuale riduzione, si introduce come elemento invariabile nella decisione sul concordato un elemento che sarebbe soggetto ad altre e ben importanti variazioni.

Ora, è fuor di dubbio che la ammessione per cui deve figurare il credito dell'art. 768, dev'essere rappresentata dalla somma del credito originario, fatta però la deduzione del 5 p. %, in interesse composto, per la durata del credito stesso, oltre la data della dichiarazione di fallimento: perchè la condizione del titolare di un credito infruttifero viene ad essere parificata, dalla disposizione dell'articolo in esame, alla condizione del creditore di un credito contestato, che dal tribunale di commercio, pendente la contestazione, si ammette provvisoriamente al passivo per una somma determinata (articolo 766, 1° alinea); e perchè le ulteriori diminuzioni, che possono originare una eventuale disparizione del supponibile e constatato attivo del fallimento, se colpiscono per espresso disposto il creditore dell'articolo 768, colpiscono pure ugualmente tutti i creditori del fallimento i cui crediti furono verificati ed ammessi al passivo, stabilendo in questo una assoluta uguaglianza fra tutti i creditori, qualunque ne sia il carattere e qualunque la entità del credito.

L'articolo 768 dice che il tempo pel quale si calcola la deduzione da farsi sul credito infruttifero, decorre *dalla data del mandato di pagamento.*

Qui non è più adunque la data della sentenza dichiarativa del fallimento, che viene sempre meno come base della nuova condizione fatta ai creditori nella procedura del fallimento.

E il Vidari (1) parla non della data della sentenza dichiarativa di fallimento, ma invece della data alla quale la stessa sentenza fa risalire la cessazione dei pagamenti. Ora come va che il legislatore ha, nell'art. 768, parlato di due date diverse, e il più autorevole fra i commercialisti italiani si è spinto fino alla data stabilita per la cessazione dei pagamenti? Nè la questione che insorge da questa mancanza di identità e di stabilità nella data a cui deve riferirsi l'art. 768, è così oziosa da non provocare alcune parole di critica.

Intanto la prova che l'articolo 768 può far luogo a conflitti e ad erramenti sulla statuizione della data di cui parla, la prova efficace e sensibile l'abbiamo nella interpretazione dello stesso Vidari, che, trova modo di intendere, nell'articolo in esame, fissata la data della cessazione dei pagamenti. Notisi allora quanto danno venga da questa interpretazione al creditore di crediti infruttiferi.

L'articolo 704, del quale sembra che il Vidari, per un'allucinazione momentanea, non abbia scorto che il secondo comma che suppone identità nelle due date che qui conflittano, stabilisce che, o con la sentenza che dichiara il fallimento (art. 691) o con altra posteriore, il tribunale, d'ufficio

(1) *Il nuovo Codice di commercio*, art. 768, 1889.

o sull'istanza di qualunque interessato, determina provvisoriamente il giorno in cui ebbe luogo la cessazione dei pagamenti. In mancanza di determinazione speciale, la cessazione si reputa avvenuta nel giorno della sentenza che dichiara il fallimento, ovvero nel giorno della morte del fallito o del di lui ritiro dal commercio, se il fallimento fu dichiarato dopo tali avvenimenti. In nessun caso la cessazione dei pagamenti si può far risalire a più di tre anni dalle date suddette. Così, eccettuato il caso in cui la data della sentenza che dichiara il fallimento e la data della cessazione dei pagamenti coincidano, può sempre avvenire che la data della cessazione dei pagamenti sia retrotratta alla data della sentenza dichiarativa del fallimento; sicchè se si partisse da quella data per i calcoli dell'art. 768 il danno che ne risulterebbe al creditore ivi contemplato sarebbe anche più grave. Del resto noi non sappiamo come mai il Vidari abbia esposta una affermazione come quella che abbiamo notata.

Ma vedemmo che per il calcolo del tempo in cui devesi imputare al creditore di crediti infruttiferi la deduzione degli interessi composti del 5 p. %, l'articolo 768 precisa il momento in cui ha luogo il primo termine del calcolo, *colla data del mandato di pagamento*. Di qual pagamento, di qual mandato intende ivi parlare il legislatore? È abbastanza strano che questa data, che si presenta così inopinatamente nell'art. 768, non sia mai stata accennata nei motivi dello stesso articolo, e neppure nel Congresso delle Camere di commercio, al cui voto è da attribuirsi l'articolo che si esamina. Si è sempre parlato della data della sentenza dichiarativa del fallimento, della chiusura del fallimento, della data della scadenza pattuita pel credito, ma al mandato di pagamento è la prima volta che si accenna dal legislatore; e vi si accenna nell'articolo 768 dopo aver rammentato immediatamente prima la data della sentenza dichiarativa di fallimento.

La prima volta che il legislatore parla di mandato di pagamento dopo l'accenno fattone all'articolo 768, l'abbiamo nell'art. 810 sotto il titolo della ripartizione tra i creditori e della chiusura del fallimento; e il secondo alinea di quest'articolo dice che per la ripartizione del danaro esistente in deposito il curatore consegna a ciascun creditore *il mandato di pagamento* secondo lo stato di ripartizione. Si noti, che riguardo ai creditori, che non sieno garantiti con pegno, od altro privilegio, l'articolo 809 vuole che abbiano solo diritto a quote di attivo sul danaro esistente in deposito, dopo che sieno pagati i creditori garantiti con pegno od altro privilegio; sicchè può darsi che il mandato di pagamento, di cui parla l'articolo 810, sia, non quello che verrà consegnato al creditore dell'art. 768, quando non si voglia supporlo garantito con pegno od altro privilegio, ma quello che verrà appunto accordato e consegnato ai creditori pignoratizi o privilegiati.

Poi l'articolo 813, sotto lo stesso titolo che l'articolo 810, parla ancora del mandato di pagamento, stabiliendo chi possa ottenerlo e quali modalità debbansi seguire per farselo rilasciare. Ora, non è possibile altra analogia, pel mandato di cui parla il legislatore nell'articolo 768, che col mandato di cui parla l'articolo 810: sicchè la deduzione della somma, data dal calcolo logaritmico dell'articolo in esame, ha per termine di partenza, quanto al tempo, la data del mandato di cui parla l'articolo 768, e non la data della cessazione dei pagamenti o la data della sentenza che dichiara il fallimento: ossia, il calcolo da fare per pagare le quote dovutegli, a norma di legge, al creditore di crediti infruttiferi, onde dedurre quell'interesse composto che la legge accenna all'articolo 768, ha, per base di tempo, il periodo compreso tra la data della scadenza pattuita originariamente tra fallito e creditore, e la data del mandato di pagamento del credito stesso. Con questa disposizione il legislatore ha inav-

vertitamente resa migliore la condizione del creditore dei crediti non fruttanti interessi, di quello che sarebbe stata se, nel calcolo dell'articolo 768, la data della sentenza dichiarativa avesse dovuto servire come termine *a quo* per il computo della deduzione. Da questa si ricava che il curatore nella redazione del mandato di pagamento, dovrà rendere esigibile quella quota che risulterà dal calcolo logaritmico, fatto come insegna l'articolo 768, prendendo a base del tempo da moltiplicarsi per l'interesse composto del 5 p. %, il giorno stesso in cui egli redige il mandato.

Noi non vogliamo trarre soverchiamente per le lunghe la critica e l'esame dell'articolo 768; ma avvertiamo che, interpretato come per noi si fece, quantunque si corregga l'errore di quei dottrinari italiani che, come il Calamandrei e il Vidari, hanno parlato di date che il legislatore ha escluse con la espressa disposizione dell'ultima parte dell'articolo in esame, pure questo articolo a molte altre e rilevanti critiche si presterebbe; il quale non ha altro vantaggio ed altra scusa alla sua esistenza, all'infuori della poca probabilità che in questo " secolo bottegaio „ si trovino persone tanto primitive da prestare danaro seguendo la massima evangelica " *mutuum date nihil inde sperantes* „; onde ei può godersi una pace sufficientemente dignitosa dietro una tale forzata inapplicabilità.

286. *Trattamento dei crediti fruttiferi come illazione dal disposto dell'art.* 768. — Nelle considerazioni e motivazioni che la Commissione del 1869 esponeva intorno alla ragione d'essere ed al funzionamento dell'articolo in esame, si è visto, dal lettore, come questo articolo tendesse a parificare la condizione del creditore di crediti non fruttanti interessi, con la condizione del creditore di crediti fruttiferi; partendo, in ciò, dal concetto, che la cessazione della decorrenza degli interessi che, per la sentenza dichiarativa del fallimento, colpiva i creditori della prima specie, rendeva costoro più disgraziati che i creditori che non avevano pattuito interesse di sorta.

Sicchè nel contesto dell'articolo 768 dobbiamo intravvedere anche il trattamento che ai creditori di crediti fruttiferi viene fatto. Per essi vige completamente, ed è perfettamente applicabile il disposto dell'articolo 700, quando siano chirografari, coordinato al disposto dell'articolo 701; per cui la sentenza dichiarativa del fallimento tronca issofatto la decorrenza a tutti i loro crediti fruttiferi, rendendo tutti i crediti ugualmente scaduti.

Ma come mai si è illuso il legislatore, di ottenere la parità di trattamento per tutti i creditori del fallimento, per far posto nel Codice di commercio coll'articolo 768 " ad un lodevole sentimento di equità „ (1), quando in effetto si è sancita una solenne disparità di trattamento, ed, in luogo di ottenere l'uguaglianza nella condizione dei varî creditori di fronte alla comune jattura, ha messo i creditori, che si sono mostrati incomparabilmente più favorevoli, anche nella buona fortuna, al fallito commerciante, in una condizione disastrosa addirittura, di fronte ai creditori a crediti fruttiferi? Si disse che il vantaggio che con la legislazione del 1865 avevano i creditori a credito infruttifero in confronto dei creditori a credito fruttifero, in questo consisteva, che i secondi, colla emanazione della sentenza dichiarativa di fallimento, perdevano il lucro del loro capitale mentre gli altri nulla perdevano; e che, se la restituzione anticipata del capitale nessun danno se non pure un vantaggio, arrecava ai crediti infruttiferi, invece un danno, e grave, ne risentivano i crediti fruttiferi, per la perdita dei lucri usurari. Di più, che anzi pei primi il fallimento si trasformava in un beneficio, perchè rendeva loro tosto un capitale

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 823.

infruttifero, che avrebbero poi potuto impiegare onerosamente appena divenuto esigibile. Da queste considerazioni superficialmente giuste ed anche, ma solo in apparenza, dominate da un senso d'equità, ebbe origine l'articolo 768 con gli assurdi che lo giocondano: articolo che, come abbiamo osservato altrove (n° 284-285), mentre fa sì che ai creditori di crediti fruttiferi sia pagato interamente, consentendolo l'attivo del fallimento l'importare del capitale, invece ai creditori di crediti infruttiferi codesto capitale viene falcidiato, *abusivamente* coll'ironico vanto di equiparare le condizioni di tutti i creditori. Se in luogo di considerare l'impiego futuro dei due capitali che venivano necessariamente a trovarsi di fronte nella concezione dell'articolo 768, indagando quale fosse per essere la condizione dei due capitali una volta che fossero ritornati in piena disponibilità dei loro proprietari; se in luogo di arzigogolare vanamente sulla condizione migliore di chi non aveva mai voluto lucrare cosa alcuna dal suo capitale e quindi non poteva perdere tali lucri, in confronto di quella di colui che invece avendo stipulati lucri usurari si trovava a perdere quel dolce frutto dell'altrui intraprendenza e del proprio ozio; se invece di trasmodare nel sofisma fino a ritenere che il creditore di crediti infruttiferi cui si rendeva il capitale deducendone dei crediti, ch'ei non aveva mai stipulati in una misura non certo mite, dovesse riputarsi più felice, che il creditore a crediti iruttiferi cui si rendeva interamente il suo capitale: si fosse avuto la mente serena e rivolta al vero stato, allo stato attuale, presente, di fatto delle cose, e al vantaggio che il credito fruttifero aveva partorito al suo titolare, in confronto del credito infruttifero, per tutto il tempo in cui il commerciante aveva potuto pagare creditore quegli interessi ch'eransi stipulati, interessi che forse erano dedotti in parte dall'uso del capitale al commerciante graziosamente mutuato dal creditore non ingordo, non sarebbe mai stato possibile, con quelle motivazioni con cui lo si volle giustificare, sancire l'assurdo principio di quella ironica uguaglianza che devesi, dice il legislatore, scorgere attraverso il trasparente velame dei versi strani in cui si compendia l'articolo 768, che mal sostengono le lodi degli scarsi dottrinari nostrali.

—

Art. 769.

I crediti, per la dichiarazione dei quali fu prorogato il termine secondo le disposizioni dell'articolo 759, sono suppletoriamente verificati alla scadenza di esso secondo le disposizioni di questo capo.

Art. 770.

Quantunque siano trascorsi i termini stabiliti negli articoli precedenti, i creditori conosciuti o non conosciuti, che non hanno fatta la dichiarazione dei loro crediti, possono presentarla in contraddittorio del curatore sino a che non siano esaurite le ripartizioni di tutto l'attivo del fallimento. Il tribunale può anche ammetterli provvisoriamente al passivo secondo le precedenti disposizioni.

Nei casi di scoperta di falsità, di dolo, di errori essenziali di fatto o di rinvenimento di titoli dapprima ignorati, possono anche proporsi opposizioni contro le avvenute ammissioni di crediti.

Le spese derivanti dalle dichiarazioni ed opposizioni tardive sono sempre a carico di chi le promuove.

Gli effetti delle dichiarazioni ed opposizioni tardive sono determinati nel titolo V.

Sommario.

287. *La verificazione dei crediti dei creditori residenti all'estero, presentati nel termine prorogato dell'articolo* 759.
288. *Procedura da seguirsi in questa verifica.* suppletoria.
289. *Ultimo termine di dichiarazione di crediti. — Creditori conosciuti o non conosciuti. — Contraddittorio del curatore.*
290. *Facoltà del tribunale d'ammettere provvisoriamente tali crediti, subordinata alla osservanza delle* precedenti disposizioni. — *L'articolo* 770 *e l'art.* 913.
291. *Casi in cui può farsi luogo alla tardiva opposizione contro le avvenute ammissioni di crediti:*
    a) *scoperta di falsità;*
    b) *dolo;*
    c) *errori essenziali di fatto;*
    d) *rinvenimento di titoli dapprima ignorati.*
292. *Effetti di tali opposizioni per ciascuno di simili casi.*
293. *Carico delle spese delle dichiarazioni ed opposizioni tardive. — Errore della legge riguardo alle tardive opposizioni.*
294. *Il nome del titolo V. — Rinvio al commento di questo titolo. — Pochi cenni per legare l'articolo* 770 *con le disposizioni di quel titolo.*

287. *La verificazione dei crediti dei creditori residenti all'estero presentati nel termine prorogato dell'articolo* 759. — L'articolo 769, collegandosi con l'articolo 759, dà il sistema che il legislatore del 1882 ha adottato per la verifica dei crediti che furono presentati nel termine prorogato. Il Codice del 1865, come il francese, dopo aver concesso termini diversi misurati sulla distanza dei creditori dal luogo ove si apre il fallimento, o sulla residenza all'estero od all'interno, per la presentazione delle dichiarazioni di credito, non dà alcuna regola circa la verificazione da farsi quando, scaduti i termini della proroga, i creditori, cui questa fu concessa si presenteranno colle loro dichiarazioni; donde conveniva trarre la convinzione che la procedura da seguirsi per quelle posteriori verifiche doveva essere quella stabilita per le verifiche fatte nei termini ordinari. Alla lacuna del Codice del 1865 ha posto rimedio il nostro legislatore coll'articolo in esame; del quale ben poco si può dire stante la semplicità della sua interpretazione e la poca difficoltà della applicazione.

Il giudice delegato è quegli che ha dall'articolo 759 la facoltà di prorogare il termine della presentazione delle dichiarazioni di credito stabilito dalla sentenza dichiarativa di fallimento a norma dell'articolo 691; e siccome nella proroga ch'ei può concedere non è vincolato a nessun particolare indirizzo, così è necessario ritenere, come già si è detto nel commento di quell'articolo 750, che il giudice delegato

nel concedere le proroghe ai creditori residenti all'estero, dovrà aver in considerazione il disposto dell'articolo 769, per non concedere proroghe a scadenza diversa l'una dall'altra ai creditori che sono nelle condizioni di valersi della concessione dell'articolo 759, in modo da ridurre la detta scadenza a coincidere con quella ordinaria per rendere più facile e spedita la nuova verifica di crediti prescritta dall'art. 769. Il quale, interpretato letteralmente, fa luogo a credere che tante sono le proroghe concesse dal giudice delegato tante potendo essere per diversità di tempo le scadenze, altrettante debbano essere le verifiche fatte, come dispone l'articolo che si commenta.

Nel qual caso, ben vede il lettore, a qual serie infinita di procedure di verifica si farebbe luogo ed a quale enorme perdita di tempo, contrariamente alla costante preoccupazione del legislatore, si giungerebbe. Per ciò, sembra a noi, che la interpretazione dell'articolo 769, quando pure non vi fosse coincidenza nello scadere dei termini prorogati a vantaggio di creditori residenti all'estero, debba condurre all'adozione di questo criterio nella applicazione di quel disposto; che, cioè, quando i crediti vengano presentati nei diversi termini di proroga, per passare alla verifica di tali crediti debbasi attendere la scadenza del termine di proroga più lungo, in modo di far luogo ad una sola e contemporanea verifica per tutti i crediti di cui parla l'art. 769.

888. *Procedura da seguirsi in questa verifica* suppletoria. — " Riguardo ai crediti rispetto ai quali il giudice delegato ha prorogato i termini, è naturale, che alla verificazione suppletoria debbansi applicare le norme precedentemente adottate per la verificazione ordinaria „ (1). Così scrive la Commissione del 1869; e la disposizione che risultò da questa motivazione, raccolta nell'articolo 769, diede luogo, però, ad una singolare interpretazione, che, per vero, niuno sarebbesi attesa stante la semplicità e chiarezza di questo disposto.

Si disse da alcuni cultori del diritto commerciale, che, siccome si deve ritenere che la verifica dei crediti com'è prescritta dall'articolo 763, a cui allude l'articolo 769, non è prescritto debba compirsi nel giorno stesso in cui essa è iniziata e che il processo verbale della verificazione non è chiuso definitivamente se non allora quando definitivamente si è esaurita la verifica, così è forza conchiudere che quando il legislatore scrisse la disposizione dell'art. 769 intese indicare colla parola " *suppletoria* „ la qualità della nuova verifica, qualità, cioè, non indipendente dal processo verbale di cui parlano gli articoli 761 e 763, ma anzi a quella relativa così da rendere necessaria la sospensione della chiusura del verbale stesso fino all'epoca in cui, essendo scaduti i termini prorogati e facendosi la *suppletoria* verifica, i risultati di questa vengano inscritti nell'unico processo verbale di cui parla il legislatore. Contro una tanto larga interpretazione della legge, insorse il Bolaffio non ritenendo " ..... sostenibile di fronte alla legge positiva questa opinione.

Volle il legislatore concedere la possibilità della proroga del termine per i creditori esteri, la cui verifica chiamò appunto *suppletoria* e con limitati effetti rispetto ad essi soltanto, tanto da non sospendere nemmeno, pel fatto della proroga, le contestazioni „ (2). Ond'è che la disposizione dell'art. 769, quando si riferisce alla verifica dei crediti di quei creditori in favore dei quali furono prorogati i termini per la presentazione delle dichiarazioni, intende partire non dal momento in cui la verifica è già iniziata, cioè dall'articolo 763, ma invece dall'articolo 750 col quale si fissano

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 824.

(2) " Formalità per determinare la data, ecc. „ (*Il Diritto commerciale*, vol. VIII, 631).

i cardini su cui gira l'organismo dell'ordinaria verificazione.

Pertanto, la qualifica di *suppletoria* data dal legislatore alla verificazione dei crediti, di cui parlano gli articoli 759 e 769, non ha per nulla quel significato che vorrebbero attribuirle i commercialisti combattuti dal Bolaffio. A non considerare tale epiteto come un pleonasmo, il suo significato non è diverso da questo; che, cioè, il legislatore ha inteso con esso indicare la completazione che, colla verifica di quei crediti, si otteneva riguardo alla operazione della generale verifica dei crediti proposti al passivo, onde costituire lo stato di fatto e di diritto della massa dei creditori.

Allora vediamo che l'articolo 769, richiamando, per la verifica dei crediti presentati a termini prorogati, " le disposizioni di questo capo „ cioè le disposizioni dall'art. 758 e 760 a 768 compreso, fa luogo alla ripetizione di tutte le operazioni in quegli articoli regolate, e quindi ad una nuova generale operazione di verifica per i crediti che si trovano nelle condizioni di proroga. Dal che è da ognuno visibile come si produca una perdita di tempo, che deve necessariamente sospendere e forzatamente prorogare le altre operazioni della procedura di fallimento, legate con vincoli di dipendenza alla verificazione dei crediti; giacchè non si può applicare ai crediti di cui trattano gli articoli 759 e 769 nessuna di quelle particolari sanzioni che il legislatore, quasi con carattere di pena, ha comminate contro i creditori negligenti che presentarono i crediti loro fuor de' termini concessi.

Una riserva però intendiamo fare riguardo alla applicabilità dell'articolo 764 ai creditori favoriti dalla proroga del termine di presentazione, per la presentazione delle dichiarazioni tardive. Perchè, se a stretto rigore di interpretazione dell'articolo 769, non crediamo si possa negare la applicabilità integrale di tutti e di ognuno degli articoli del capo che tratta della verificazione dei crediti, non escluse quelle disposizioni contenute nell'articolo 770, tuttavia non sembra conforme alla intenzione del legislatore ed alla speditezza della procedura del fallimento, che a creditori i quali per la protrazione del termine degli articoli 691-758, furono diggià eccezionalmente avvantaggiati su tutti gli altri creditori, debbasi poi accordare il favore di una presentazione tardiva, fatta più che altro per tutelare gli interessi di quei creditori, anco diligenti, che non abbiano potuto tempestivamente presentarsi, onde non abbiano a ricevere nocumento dal loro forzato ritardo, coll'applicazione dell'art. 770.

Tuttavia, a temperare il rigore di questa interpretazione, aggiungiamo, che nel caso in cui la proroga concessa in considerazione dell'articolo 759, scada prima del sopraggiungere del giorno in cui ha luogo l'udienza dell'articolo 763, fissata nel termine precisato dall'ultimo comma di codesto articolo, o anteriormente alla scadenza dell'altro termine per l'udienza stabilito colle norme dell'ultima parte dell'articolo 764, potranno i creditori esteri a termine prorogato profittare della disposizione dell'articolo 764 per la presentazione di tardive dichiarazioni di crediti.

Non crediamo d'insistere troppo a lungo su una questione che brevemente esporremo. In questa seconda verifica si potranno sollevare opposizioni e contestazioni da parte dei creditori i cui crediti furono già verificati nella verifica ordinaria? Che sia diritto di tutti i creditori d'assistere a questa seconda verifica niun dubbio, dacchè in essi concorre la qualità che l'articolo 763 richiede per concedere la assistenza alle adunanze dei creditori per la verificazione dei crediti; e siccome, scopo primo di questo diritto di presenza è quello di poter opporre, ai crediti che si propongono all'ammessione al passivo, eccezioni dirette ad ottenerne o la non ammessione, o l'ammessione parziale, o l'ammessione condizionata, di sollevare contestazioni di qualunque natura nell'interesse di allontanare dalla distribu-

zione dell'attivo quelle persone che non abbiano un vero e provato diritto di parteciparvi, così è pienamente esercibile tale diritto da parte di tutti gli interessati nel fallimento, anche in questa seconda verificazione di crediti.

289. *Ultimo termine di dichiarazione di crediti. — Creditori conosciuti o non conosciuti. — Contradditorio del curatore.* — Pressochè tutte le legislazioni commerciali che siam soliti raffrontare con la attuale legge commerciale italiana, contengono disposizioni analoghe a quelle dell'art. 770, che prendiamo ora ad esaminare.

L'articolo 614 del Codice di commercio del 1865 stabiliva, che i creditori, conosciuti o non conosciuti, che non fossero comparsi nei termini indicati nell'articolo 601, non venissero compresi nelle ripartizioni da farsi; nullameno era loro concesso di fare opposizione sino alla distribuzione del danaro inclusivamente. Le spese dell'opposizione erano tutte a loro carico. E le norme dell'articolo 608 erano seguite per l'ammessione del credito proposto. L'opposizione sollevata da simili creditori non sospendeva l'esecuzione delle ripartizioni ordinate dal giudice delegato. Però, se prima che si fosse avuta la decisione dell'autorità competente sulla opposizione, si fosse proceduto a nuove ripartizioni di attivo, i creditori ritardatari dovevano esservi compresi per una somma provvisoriamente determinata, la quale era tenuta in riserva fino alla sentenza pronunciata sulla opposizione. Quando poi codesti creditori fossero stati in appresso riconosciuti, non potevano nulla domandare sulle ripartizioni che erano già state ordinate dal giudice delegato, ma loro si riconosceva il diritto di prelevare sull'attivo di cui non era per anco stata fatta la ripartizione, quella quota che avrebbero dovuto avere nelle prime ripartizioni.

L'articolo 503 del Codice di commercio francese stabilisce che, mancando di comparire e di fare la dichiarazione con giuramento nei termini rispettivamente stabiliti, i creditori, conosciuti o non conosciuti, non saranno compresi nelle ripartizioni che si saranno già fatte; tuttavia sarà loro aperta la via della opposizione sino alla distribuzione del danaro del fallimento inclusivamente; ma le spese d'opposizione sono a carico degli opponenti. L'opposizione non avrà effetto di sospendere l'esecuzione delle ripartizioni ordinate dal giudice delegato; ma quando si proceda a nuove ripartizioni, prima che sia stata pronunziata la sentenza sulla opposizione, i creditori opponenti hanno diritto ad esservi compresi per quella somma che verrà provvisoriamente determinata dal tribunale e che sarà tenuta in riserva fino a che sarà pronunziata la decisione giudiziale sulla opposizione stessa. Se essi si fanno posteriormente riconoscere per creditori, non sarà loro fattibile di domandare alcunchè sulle ripartizioni ordinate dal giudice delegato (*juge-commissaire*), ma è loro riconosciuto il diritto di prelevare dall'attivo, ancora indiviso, quelle quote loro spettanti sulle prime ripartizioni.

La legge austriaca del 1869 sul fallimento, al § 123 stabilisce che si possono insinuare pretese anche posteriormente ai termini fissati ordinariamente; per questo genere di crediti il creditore deve sottostare a tutte le spese inerenti alla insinuazione; e si fissa una particolare adunanza dei creditori per la liquidazione; il giudice delegato (*konkurs-commissar*) fissa a suo discernimento l'udienza a ciò necessaria, e, pure a suo discernimento, stabilisce se devonsi esaminare in quella particolare adunanza od una sola o tutte o parte delle tardive presentazioni di crediti. In ogni caso oltre le spese accennate al § 122, i creditori, che hanno trascurato il termine ordinario per presentare i loro crediti, devono sopportare le spese necessarie, che vengono causate sia ai singoli creditori, sia anche alla massa, per la nuova convocazione dei creditori e per la verifica di quei crediti.

Quanto alla partecipazione alle distribu-

zioni di attivo, il § 186 stabilisce che questi creditori restano esclusi dalle ripartizioni, che fossero, sulla base di un giudiziale riparto, diggià avvenute. Nelle ripartizioni successive si tien calcolo dell'epoca della loro tardiva presentazione di credito onde vedere se essa cada anteriormente o posteriormente all'epoca fissata per la presentazione delle memorie di cui tratta il § 177. Per stabilire le somme che devono essere date a quei creditori sul fondo tuttavia da ripartirsi, si calcolano queste somme con l'intero loro importare nel quadro di ripartizione nel quale vengono per la prima volta comprese, in proporzione con gli altri crediti che concorrono contemporaneamente in quelle ripartizioni. Quando siano diggià avvenute delle ripartizioni e dei pagamenti sull'attivo del fallimento, i creditori ritardatari vengono pareggiati colle distribuzioni delle successive ripartizioni, tanto mediante il pagamento che col deposito giudiziale stabilito dal § 170, ai creditori già compresi nei precedenti riparti, e vien loro assegnato tanto del capitale tuttora da ripartirsi, quanto basti per la loro completa tacitazione.

Il § 130 dell'Ordinanza dell'Impero germanico sul fallimento (1877) regola la presentazione tardiva e la relativa verificazione dei crediti che non furono presentati nel termine fissato; le spese della verificazione sono sopportate dal creditore ritardatario. Però un sistema che disponga al riguardo dei diritti di questi creditori sull'attivo della massa, non è definito nella legge germanica; solo il § 143 dispone che quei creditori che non hanno partecipato alla disposizione di qualche acconto potranno, quando si uniformino alle particolari disposizioni di legge, reclamare sul resto della massa patrimoniale dell'attivo il dividendo fissato fino a quel momento, anche comprendendo tutt'intero l'ammontare della massa, purchè di essa non sia già stato fatto il riparto per ulteriori distribuzioni.

Il § 144 riserva ai creditori che possono ritenersi danneggiati dalle ripartizioni che sieno state stabilite dal curatore, il diritto di far opposizione alle distribuzioni nel termine di giorni sette, a contare dalla data del riparto. Da ultimo, il § 152 dà ai creditori che non sono stati pagati, il diritto di far valere, dopo la chiusura del fallimento, senza restrizione di sorta, i loro crediti contro il debitore.

Il Codice di commercio neerlandese non fa alcuna differenza tra i creditori del fallimento residenti all'estero e quelli residenti all'interno; però, quanto ai creditori che, per qualsiasi ragione, non presentino le loro dichiarazioni entro il termine fissato, secondo quanto dispone l'articolo 815, è stabilito, dall'articolo 833, che essi possano essere ammessi al passivo, purchè facciano verificare i loro crediti, ne giurino la sincerità, e la verificazione sia fatta secondo le norme prescritte dall'articolo 867. Questo articolo stabilisce, riguardo al creditore ritardatario, che, trattandosi di ripartizione d'attivo, quel creditore che non avrà visto precedentemente verificato il suo credito, non può formare opposizione, salvo che faccia contemporaneamente domanda di essere ancora ammesso a far verificare il suo credito. Questa verificazione ha luogo innanzi al giudice delegato ed ai curatori. Il fallito o il suo rappresentante può essere presente. I creditori riconosciuti saranno convocati con un avviso scritto, nel giorno fissato dal giudice delegato, il tutto a spese del creditore negligente. Poi, l'articolo 873 stabilisce che ogni creditore che non si è presentato alle operazioni della verificazione può, finchè l'ultima ripartizione non ha avuto luogo, fare opposizione ad ogni ulteriore ripartizione di danaro contante, con una notificazione fatta ai curatori. In questo caso, ha l'obbligo di far verificare senza ritardo il suo credito, e, se n'è richiesto, d'affermare con giuramento la sua sincerità innanzi al giudice delegato, in presenza dei curatori e dei creditori ammessi dopochè questi ultimi saranno stati convo-

cati con avviso scritto, a spese dell'opponente, in un giorno convenevole, che dovrà fissarsi dal giudice delegato. In caso d'ammessione del credito, il titolare di esso è autorizzato ad esercitare il suo diritto sulle somme non ancora ripartite, anche per la parte che è stata precedentemente distribuita ai creditori già ammessi. Non può però in nessun caso opporsi contro questi ultimi il risarcimento delle somme che avessero diggià ricevute per quelle distribuzioni (art. 874).

La ragione di questo criterio adottato dalla legge commerciale, di non colpire mai di decadenza i crediti di quei creditori che non abbiano potuto od abbiano trascurato di presentare la loro dichiarazione o di insinuare le loro ragioni tempestivamente, è quella di non danneggiare mai alcuno dei creditori dovendosi intendere sempre fatta la procedura del fallimento in tutte ed in ciascuna sua fase, a vantaggio dei creditori; sicchè, non potendosi contemporaneamente permettere la presentazione *quo tempore* dei crediti e la loro ammessione al passivo, ed assicurare il pagamento integrale, in proporzione della possibilità di pagamento pôrta dall'entità dell'attivo, si dovette far luogo ad una partecipazione immediata all'attivo ed alle distribuzioni di esso, purchè non diggià ritirate dai rispettivi assignatarî, pur tuttavia accordando, in determinati casi, il diritto al creditore ritardatario di prelevare sull'attivo ancor esistente della massa anche quelle che furono dagli altri creditori lucrate, quando egli non aveva ancora presentato il suo credito o questo non era stato per anco ammesso al passivo, o l'ammessione al passivo non era più possibile od efficace. * L'omissione della dichiarazione dei crediti nei termini stabiliti, dice il *verbale* 824 della Commissione del 1869, non può produrre altro effetto, se non quello che i diritti acquistati nell'intervallo non debbano riuscirne pregiudicati „; e ad ottenere questo effetto è appunto rivolto l'articolo 770 dell'attual Codice di commercio.

In cotesto articolo è, prima di tutto, da osservare come si completi, il che già si è accennato in uno dei paragrafi precedenti, il sistema della presentazione e verificazione dei crediti ed opposizioni relative. Coll'articolo 758, 760 e 763 si ha l'organizzazione ordinaria della presentazione e della verificazione dei crediti. La presentazione delle dichiarazioni si fa nel termine fissato alla cancelleria del tribunale investito della procedura di fallimento, e la verificazione vien preparata, come prescrivono gli articoli 761 e 762, dal giudice delegato coll'eventuale concorso di persone interessate nel fallimento, o perite negli affari del commercio, o capaci di dare notizie e schiarimenti; e vien definita e compita mediante la chiusura del verbale di verificazione, essendo stata iniziata pure nel tempo prefisso, in contradditorio di tutti gli interessati convocati ad apposita adunanza. Le opposizioni, contestazioni ed ammessioni definitive o provvisorie vengono notate nel bilancio nel quale figurano tutte le varie operazioni fatte nella verifica.

Segue un periodo non maggiore di giorni quindici e non minore di cinque, nel quale, dopo la chiusura del verbale di verifica, i creditori non solo possono presentare opposizioni o contestazioni contro i crediti ammessi, ma anche nuove dichiarazioni non volute o non potute presentare nel termine degli articoli 691-758; in questo periodo la presentazione dei documenti che si producono, vien fatta ancora alla cancelleria dello stesso tribunale; però, cosa nuova di fronte agli articoli 758 e 760, tali presentazioni vanno notificate dal cancelliere, per mezzo di usciere ai creditori dei quali si impugnano i crediti; allora, secondo il Vidari, la verifica viene fatta in contradditorio bensì degli interessati, ma davanti all'autorità che deve sentenziare sulle contestazioni deferite alla di lei competenza ed insorte nella verifica dei crediti proposti e verificati secondo le prescrizioni, che

costituiscono il sistema del periodo precedente.

Viene da ultimo, a voler escludere dall'esame i crediti contestati regolati dalle disposizioni dell'articolo 766, e quei crediti che hanno diritto alla verifica suppletoria dell'articolo 769, il periodo segnato dall'articolo 770. Questo periodo comincia quando è scaduto quello fissato dall'articolo 764, e riflette i crediti che non siano stati proposti nel periodo stabilito dagli articoli 758 e 760: come pure quelli dell'articolo 764, e quelli dell'articolo 769, nel solo caso però, quanto a questi ultimi, che sia già trascorso il termine della proroga, chiuso il processo verbale della verifica suppletoria e trascorso il termine utile di presentazione concesso dall'articolo 764, quando di questo termine ulteriore possano giovarsi i creditori dell'articolo 769. In questo periodo si accolgono altresì opposizioni; ma il legislatore specifica i casi in cui si può proporre l'opposizione alle già avvenute ammissioni di crediti al passivo; e le dichiarazioni di nuovi crediti " devono essere non solo *notificate*, ma debbono essere promosse *con citazione* del curatore „ (1), in contradditorio del quale verranno pur fatte le debite verifiche. Il tribunale, allo scopo di assicurare a questi creditori l'esercizio dei loro diritti nelle deliberazioni del fallimento (art. 766), può ammetterli provvisoriamente e per una somma determinata al passivo (art. 770). Ma in questo caso, accolte o non le opposizioni, ammessi o non al passivo i nuovi crediti presentati, al creditore od opponente tardivo sono addossate le spese; di più, deve soggiacere a tutte quelle modificazioni nell'esercizio de' suoi diritti e nella percezione delle quote che gli spettano sull'attivo, che la legge commerciale sanziona nel titolo V.

Il termine, dunque, che è ulteriormente e definitivamente concesso dal legislatore, per la presentazione tardiva di crediti o per la sollevazione d'opposizioni o contestazioni, non ha scadenza *ad quem* fissata, come invece la hanno gli altri termini di presentazione. Il suo momento *a quo* è quello in cui scadono volta per volta i due termini stabiliti dagli articoli 759-769 e dall'articolo 764; e viene a scadenza quando intervenga la chiusura del fallimento, per cui non si può più far luogo a presentazione di crediti o ad opposizioni, di fronte alla massa dei creditori ed alla amministrazione del fallimento, perchè esse cessarono di esistere. Qui sorgerebbe una questione che tocchiamo di sfuggita: questione che vedemmo risoluta specificatamente dal § 152 dell'Ordinanza germanica sul fallimento; ed è: se i creditori che non hanno potuto od hanno trascurato di presentare alla verificazione dell'articolo 770 i loro crediti o le loro opposizioni, possano convenire in giudizio il debitore, cessato lo stato di fallimento o il creditore di cui impugnano il credito, o il curatore, o chi possa ritenersi responsabile di una abusiva ammessione, per farsi pagare il loro credito o per ottenere l'annullamento dell'ammessione abusiva ed il conseguente rimedio, che sembra trovar la sua figura e il suo *nomen juris* nel pagamento dell'indebito e nell'azione a questo relativa.

La questione se si presenta facile riguardo al diritto del creditore di convenire il fallito in giudizio, cessato lo stato di fallimento per ottenere l'adempimento integrale della obbligazione, il pagamento completo del debito, perchè, quantunque il Wilmowski (2) ed il Thöl (3) in Germania la pensino diversamente, si può supporre come rinunciante ad ogni suo diritto di fronte al fallito, quel creditore che non curi di presentare mai, nel corso della procedura di fallimento il

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 337, n. 393.

(2) *Deutsche Reichs-Konkursordnung*, 2ª ediz. Berlino, 1881.

(3) *Deutsche Handelrechts Handbuch*. Lipsia, 1882.

suo titolo di credito, e quindi come rinunciante altresì ad ogni esercizio ulteriore de' suoi diritti, perchè come creditore di un fallito la sua condizione verrebbe a sfuggire a quell'uguaglianza di trattamento di tutti i creditori che il legislatore volle ottenere coll'istituto del fallimento; non è altrettanto semplice nel caso di opposizione alla ammessione al passivo: giacchè, l'interesse generico della società a non lasciar godere il frutto del dolo a nessuno che *cum alterius jactura locuplectior factus sit*, non viene a cessare per la chiusura del fallimento e, come dura, indubbiamente, il diritto a perseguire penalmente qualsiasi degli interessati o degli estranei al fallimento che abbiano versato *in re illicita* o meglio *dolosa*, sembra debba conservarsi il diritto anche in un creditore di sollevare quella opposizione che abbia per iscopo di richiamare l'attenzione dell'autorità giudiziaria sugli elementi di reato, che possono aver provocata l'ammessione al passivo di un credito. Ma di ambedue tali questioni ci accadrà di parlare più a lungo altrove.

Alla stessa guisa del Codice italiano del 1865, del Codice francese, del Codice neerlandese, e degli altri Codici che, come il Chileno, il Brasiliano, il Belga, il Portoghese, ecc. hanno maternità dalla legge commerciale di Francia, il Codice vigente italiano, riferisce le disposizioni dell'articolo 770, ai creditori conosciuti o non conosciuti. Parlammo di già alcune cose riguardo al modo con cui va intesa questa notorietà, o notizia che voglia dirsi, dei creditori di un commerciante caduto in fallimento. Il fatto che rende un creditore conosciuto o che fa sì ch'egli, presentandosi, debba essere ritenuto come non conosciuto, dipende, e già lo abbiamo avvertito, dalla compilazione del bilancio, sia esso stato fatto dal fallito o dal curatore; dalla condizione e dalla tenuta dei libri di commercio; dalle notizie raccolte intorno al fallimento dal giudice delegato, dal curatore, dalla delegazione dei creditori, od anche da ciascuno dei creditori conosciuti, nell'interesse del fallimento, ed in adempimento degli obblighi o godimento dei diritti, che il legislatore impone od accorda a ciascuna di codeste persone; infine dalla avvenuta presentazione dei crediti nei modi e nei termini dalla legge prescritti pei due periodi della verificazione dei crediti, che precedono l'ultimo periodo di quella operazione determinato e delineato dall'articolo 770. Quando un creditore non è compreso in nessuno degli atti che sono le prove delle operazioni avvenute nelle varie fasi succitate della procedura di fallimento; quando egli non abbia mai dato notizia di sè prima del momento in cui si presenta per l'articolo 770; quando nessuno degli interessati nel fallimento abbia fatto cenno di lui, sia per ignoranza, sia artatamente per escluderlo dalle distribuzioni dell'attivo; il creditore che si presenti, valendosi delle disposizioni a lui propizie dell'articolo in esame, è appunto quel creditore *sconosciuto* di cui parla ivi il legislatore.

Per comprendere la singolare liberalità ed insieme la equità di questa misura, basta notare che il legislatore non aveva mai, fino ad ora, parlato se non di creditori *conosciuti*, cioè verificati od anche soltanto portati in bilancio: ma, colla disposizione di questo articolo, a quei creditori che hanno già per sè il favore della loro qualità giuridicamente riconosciuta ed ammessa di fatto nella compagine dell'istituto del fallimento, si uniscono altre persone alle quali un danno sarebbe avvenuto indubbiamente per una tacita esclusione della massa forse tentata malignamente dal fallito o da qualsiasi altro interessato nel fallimento; così rimane dimostrato il carattere di grande equità che onora la disposizione dell'articolo 770.

Agli interessati nel fallimento, al fallito, ai creditori verificati o solamente portati in bilancio, l'articolo in esame sostituisce riguardo alla verificazione dei crediti, il curatore. È mediante il suo contraddittorio che si fa luogo alla verifica dei crediti

presentati dopo la scadenza dei termini fissati ordinariamente, ed alla ammessione definitiva al passivo.

Il contradditorio del curatore (1) solleva tutte quelle contestazioni che nelle verifiche ordinarie sarebbero state sollevate dagli interessati; e gli effetti di queste contestazioni sono pure quelli stessi che si sarebbero avuti quando fossero state fatte nell'ordinaria verifica. Non si può arguire, dall'esame di questo articolo, se al curatore spetti il diritto di chiamare quelle persone, interessate o non nella fallita, che potessero fornirgli, di fronte al credito nuovamente presentato, quelle notizie e schiarimenti che potessero essere utili per la serietà della operazione così affidata al curatore. Questa facoltà che gli vorremmo accordata potrebbe trovar la sua scaturigine nell'articolo 732, che accorda al curatore il diritto di domandare un interrogatorio del fallito, e negli articoli 744 e 745 pei quali deve raccogliere tutte le notizie che reputi utili per conoscere lo stato e le cause del fallimento e per redigere il bilancio nel caso il fallito non lo abbia presentato. Se nel contradditorio col curatore, il creditore presentatosi tardivamente non può essere ammesso definitivamente al passivo, potrà rivolgersi al tribunale per ottenere a suo favore la provvisoria ammessione: e il tribunale considerando le condizioni della contestazione, potrà accordargli tale provvisorietà. Se il credito è verificato ed ammesso dopo il contradditorio, pare che questa ammessione si faccia di pien diritto, se è lecito così argomentare dal silenzio della legge ed *ex contrario* dalla disposizione che concede al tribunale la facoltà dell'ammessione provvisoria. Però, data pure la verifica favorevole e la conseguente definitiva ammessione, non pare dubbio che contro il credito, tardivamente presentato si potrebbero sollevare quelle opposizioni che vengono dichiarate nello stesso articolo 770, non meno di quelle che non hanno causa dai fatti che dànno nascimento a quella specie d'opposizioni.

290. *Facoltà del tribunale d'ammettere provvisoriamente tali crediti, subordinata all'osservanza delle* precedenti disposizioni. — L'articolo 770 nell'attribuire al tribunale la facoltà di ammettere provvisoriamente al passivo del fallimento quel creditore che siasi tardivamente presentato, fa luogo ad una necessaria ipotesi, di sopra accennata; che, cioè, nel contradditorio del curatore, siano emersi elementi tali per cui il credito così presentato non possa essere definitivamente ammesso.

Da questa mancata ammessione definitiva nasce la pendenza della contestazione, che invalida il credito, davanti alla autorità competente per la decisione, come nasce la possibilità d'una ammessione provvisoria allo scopo designato nell'articolo 766, che si possano esercitare i diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento. Ma la ingerenza del tribunale in questo momento della procedura non è limitata a questa sola facoltà; la quale ha invece una origine remota nel diritto, riconosciuto dalla giurisprudenza, di veder proposti davanti a sè i nuovi crediti e di assistere al contradditorio del curatore (2). Ecco come dall'esame delle ragioni pro e contro l'accettazione di un credito, presentato nell'epoca designata dall'articolo 770, ragioni dibattutesi tra il curatore e il creditore, il tribunale può farsi un criterio del vero stato delle cose e passare a quel provvedimento che può ritenere sufficiente al caso.

Tuttavia dalla sentenza, citata in nota, dell'Appello di Venezia si potrebbe dedurre un criterio che infirmerebbe tutto il sistema adottato dal legislatore. Se " la domanda di un credito civile dev'essere proposta in

(1) Vedi Sentenza del Tribunale di Roma, 15 aprile 1889 (*Il Dir. comm.*, vol. VII, col. 409).

(2) Appello di Venezia, 2 agosto 1883 (*Il Diritto commerciale*, vol. I, pag. 359).

contradditorio del curatore dinanzi alla giurisdizione civile „ e, come dice la sentenza 12 aprile 1883 del tribunale civile di Livorno (1), " davanti al giudice competente „ (quindi il tribunale di commercio, prima della legge di aprile 1888, e pretore competente per materia e territorio), perchè si fa luogo all'ammessione provvisoria di un credito evidentemente contestato, quando questa provvisorietà dev'essere concessa dallo stesso magistrato che deve definire la controversia? Non è forse un aprire adito a lungaggini nel disbrigo di questa bisogna, quando il legislatore ebbe meta costante la massima speditezza per vantaggio dei creditori? Gli è che la contestazione insorta nella verifica del credito tardivamente presentato, può far luogo ad una procedura giudiziale col rito formale; gli è che possono rendersi necessari atti speciali della ordinaria procedura, senza che perciò si sospenda la procedura del fallimento; gli è che, non concessa l'ammessione provvisoria, quando la controversia sarà decisa, se lo sarà favorevolmente al creditore, potrebbero già essere avvenute le ultime distribuzioni d'attivo e potrebbe diggià essere chiuso il fallimento e quindi resa illusoria la partecipazione del creditore al passivo della fallita; gli è per tutto questo che il legislatore sancì la disposizione che facoltizza l'ammessione provvisoria.

Ma riguardo a questa facoltà del tribunale in rapporto col contradditorio del curatore, vi è chi (2) sostiene che le verificazioni di crediti che si fanno secondo il disposto dell'articolo 770 ricadono sotto la regola generale; e per ciò, che tutte le contestazioni che intorno a simili crediti possono nascere devono essere regolate col rito sommario; e che l'apparire del rito formale, che si avrebbe dall'interpretazione dell'articolo 770 coordinato coll'articolo 764, che fa parte delle *precedenti disposizioni* alle quali l'articolo in esame si riferisce, non ha alcun fondamento valevole e segna soltanto il bisogno di una radicale riforma della intera legge del fallimento. Dunque,

(1) *Il Dir. comm.*, vol. I, pag. 363.

(2) Avv. Rignano, *Osservazioni sull'interpretazione*, ecc. (*Il Diritto commerciale*, vol. IV, 1888). Avvertiamo che questa interpretazione del potere giudiziario fu sconfessata dalla interpretazione, quasi diremmo, *autentica* dell'articolo 770, emanata dal Ministero di grazia e giustizia con lettera 8 marzo 1884 alla Camera di commercio di Bologna.

Per quanto codesta interpretazione non possa considerarsi come strettamente autentica e possa ritenersi più un parere di gran valore per la fonte da cui emana, tuttavia non dovevasi ignorare da quei commentatori del Codice che, come il Vidari, il Pagani, il Masi hanno edito le loro opere fino sei anni posteriormente a quella interpretazione.

Riferiamo parte di essa:

" Il Ministero di grazia e giustizia e dei culti, al quale comunicai i due quesiti intorno alla interpretazione degli articoli 770 e 831 del Codice di commercio, che formavano oggetto della lettera ricordata in margine, mi ha testè dichiarato di trovarsi pienamente d'accordo con questo Ministero e con codesta Camera, nel ritenere cioè, che le tardive dichiarazioni di credito in contradditorio del curatore del fallimento debbano farsi nei sensi dell'articolo 770 del Codice di commercio, avanti il giudice delegato anzichè avanti il tribunale..... E infatti può ritenersi con fondamento la interpretazione accennata, dal momento che tutto quel che riguarda la verificazione dei crediti nei fallimenti, è direttamente affidato al giudice delegato, giusta la disposizione degli articoli 761 e 762 del Codice di commercio. L'art. 770, dicendo semplicemente che i creditori in ritardo possono presentare le dichiarazioni dei loro crediti in contraddittorio del curatore, sino a che siano esaurite le ripartizioni di tutto l'attivo del fallimento, senza indicare altro, evidentemente intese che le pratiche relative passassero, come nei casi normali di dichiarazioni di crediti, avanti al giudice delegato fino al quale, al totale riparto dell'attivo, è demandata la direzione di tutte le operazioni del fallimento. Se poi l'articolo stesso soggiunge: Il tribunale può anche ammetterli (i creditori in ritardo) provvisoriamente al passivo secondo le precedenti disposizioni; ebbe di mira i casi di contestazione per i quali volle appunto sancire quella disposizione speciale. Una conferma di ciò potrebbe forse desumersi dal disposto nell'art. 814 del Codice di commercio „

a parte questi ultimi e pregevoli apprezzamenti del citato autore, non possiamo non ricordare che il procedimento sommario ch'ei vorrebbe applicato al caso delle contestazioni che si suppongono dall'art. 770, per la concessione della facoltà fattasi al tribunale, non potrebbe essere applicato a tutte le contestazioni; non a quelle per le quali necessitassero atti particolari di procedura; non a quelle che si dibattessero davanti al magistrato civile e che necessitassero la piena cognizione dei vari elementi della causa e l'adozione dei mezzi di procedura ordinaria; ma a quelle sole controversie d'indole commerciale che vengono trattate, per regola, sommariamente, ed a quelle di carattere civile per le quali possa adottarsi il rito sommario.

Poi, il riferimento, che con l'articolo 770 si ha anche alle disposizioni dell'art. 764, non ci sembra ottenibile che con uno sforzo straordinario di sofisma. Giacchè, riuscirà ben sempre difficile applicare l'articolo 764 ai crediti che cadono nelle disposizioni dell'articolo 770, perchè la condizione fatta alla tardiva presentazione di cui parla quell'articolo vien distrutta completamente dal carattere della disposizione dell'art. 770, che figura appunto come un rimedio concesso ai creditori dopochè *non è più applicabile assolutamente* l'articolo 764.

Il riferirsi dell'articolo 770, quanto alla concessione dell'ammessione provvisoria alle *precedenti disposizioni*, dà il sistema della procedura da seguirsi in questa ulteriore verifica per ciò che concerne le contestazioni relative ai crediti così tardivamente presentati. Ma le precedenti disposizioni che possono essere coordinate con l'articolo 770, non sono già quelle relative alla verifica dei crediti, bensì quelle che si riferiscono alla facoltà di ammettere provvisoriamente al passivo i crediti contestati; e tali disposizioni si limitano allora a quelle contenute negli articoli 766 a 768 inclusivamente, perchè è in questi soli che si determinano facoltà concesse al tribunale, analoghe a quelle dell'articolo 770.

Epperò, riattaccando così l'articolo 770, in quella parte che ad essi si riporta, agli articoli 766, 767 e 768, si viene ad avere il complesso delle norme che, nell'esercizio della facoltà concessagli dall'articolo 770, devono essere osservate dal tribunale; per cui il tribunale, oltre l'ammessione, deve, come è prescritto dall'articolo 766, determinare la somma per la quale il credito contestato è provvisoriamente ammesso; deve ammettere come chirografario, per il disposto dell'articolo 767, il creditore cui si contesti l'ipoteca o il privilegio; deve ammettere con espressa riserva, secondo il dettato dell'articolo 768, il creditore di un credito infruttifero, non ancora scaduto alla data della dichiarazione del fallimento.

Quando l'esito della sentenza che pronunzia sulla contestazione del credito presentato al tempo accennato nell'articolo 770, non sia favorevole al creditore, egli decade dall'ammessione provvisoria; e si può dubitare se possa impugnare la sentenza che così lo esclude dal fallimento.

Una elaborata sentenza dell'Appello di Napoli, in data 19 luglio 1889 (1), stabilì che " le sentenze che giudicano sulle domande tardive dei creditori del fallimento, giusta l'articolo 770 Cod. di comm. sono appellabili „ (2). E quella Corte diede una singolare interpretazione all'articolo 913, che è quello che regola l'appellabilità delle sentenze pronunciate per contestazioni nella verificazione dei crediti. Volle adottare il criterio più favorevole al creditore interpretando l'articolo 913 *non ut ex regula*

(1) *Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. VII, colonn. 720 e seguenti.

(2) Contro questa massima sta la sentenza 28 dicembre 1885 della Corte di cassazione di Torino, la quale ritiene in materia commerciale, l'inappellabilità regola; l'appellabilità eccezione (*Legge*, 1886, I, 588).

jus sumatur; sed ut ex jure quod est, regula sumatur; sicchè, quantunque di regola le sentenze del tribunale, in materia di commercio, non sono soggette ad opposizione od appello, eccetto nei casi dalla legge determinati, sieno sempre provvisoriamente esecutive, secondo il preciso disposto dell'articolo 913 Cod. di comm. Ed in questa interpretazione, che offende il carattere eccezionale dei pochi casi, in cui il legislatore espressamente, con l'articolo 913. concesse l'appello del tribunale in materia di commercio, la Corte, osservando che le ragioni adotte in sostegno della inappellabilità non corrispondevano a giustizia, così si esprimeva: " Innanzi tutto, l'appello nei giudizî, che fu detto *necessarius usus*, è propriamente la regola generale. Sicchè, di fronte all'armonia del diritto, nell'art. 913, l'*appellabilità* che pare un'eccezione non è che ritorno alla *regola;* e la *inappellabilità* invece è eccezione (1). Or non è opera civile dar larga interpretazione a ciò che è contro il diritto comune; *odiosa sunt restringenda.* Laddove *capienda occasio est, quae praebet benignius responsum.* E nell'applicazione dell'art. 913, non deve attenersi alla parola quale sembra risultare troppo materialmente; è uopo sempre ispirarsi al pensiero che lo domina in accordo al diritto. . .

. . . . . .

" Epperò, se il diritto ordinario dell'appello si è conservato pur nei giudizî di fallimento, ai creditori che vi concorrono, sull'articolo 765; se pur dopo la *ripartizione dell'attivo*, possono proporsi opposizioni nei casi di scoprimento di falsità, dolo, errore essenziale, o rinvenimento di titoli ignorati (art. 770, capoverso); non è lecito ottenere che solo al *tardivo producente*, che pur la legge ammette, sia inibito l'appello; *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet.*

" Ciò pel creditore *tardivo;* ed *a maiori* la teoria resiste nella ipotesi (e la legge è uguale per tutti), che siasi malamente ammessa una *dimanda tardiva*, in danno del fallimento . . . . . .

. . . . . .

" L'articolo 913 rende inappellabili le sentenze nella procedura del fallimento, per quanto riguardano il più facile movimento di esso: mantiene però l'appellabilità nei casi degli articoli 693, 706, 765, 807, 816, 822 e 836, che precisamente comprendono diritti essenziali delle parti. E tra questi, sono sicuramente i *crediti* a sperimentarsi, pur di colui che più tardi può produrli. Ed i quali possono costituire altresì la vita morale e civile delle famiglie.

" In sostanza, se la legge consente l'appello avverso le sentenze che decidono sui crediti contestati (art. 765); il creditore tardivo che può produrre, a mente dell'articolo 770, è del resto creditore come gli altri; è quindi rivestito, in fatto di appellabilità, dei diritti medesimi degli altri creditori. Ed è per similianza appunto fra essi, per cui l'art. 913 non aveva mestieri di ricordare anche l'articolo 770.

" Ed è tanto evidente siffatta giuridica similianza, che segnatamente anche nell'art. 770 è disposto, che il tribunale può ammettere i producenti tardivi pure *provvisoriamente*, secondo le *precedenti disposizioni.* Con che anche più chiaro ed intuitivo rendesi che la legge parifica in generale i creditori al trattamento stesso di tutti gli altri creditori che concorrono.

" Li ammette fino alla ripartizione dell'attivo; mette a loro carico le spese; non possono reclamare contro le ripartizioni già fatte; e simile (articoli 770, 814). Questo solo è sanzionato corrispondentemente alla negligenza o al ritardo in cui siasi incorso. Ma quei crediti possono prodursi; debbono verificarsi; ammettendoli o respingendoli come di diritto. E questa come ogni altra

(1) Contro: la citata sentenza della Cassazione torinese ed una sentenza 31 luglio 1884 dell'Appello di Venezia che interpreta l'art. 913 (*Legge*, 1884, II, 489).

sentenza di *credito* in materia di fallimento, può ben rivedersi in appello. E neppure è esatto rilevare..... che per l'articolo 765 si discute con altri creditori; locchè non avverrebbe per tardivo producente. Già per l'articolo 765, si discute con le *persone indicate negli articoli precedenti*, tra cui sono i *creditori di cui si impugnano i crediti* (art. 764). Sicchè, fermata per essi la sentenza, nel caso di *tardivo producente*, è soltanto il suo credito che può impugnarsi. Oltre a ciò, è l'articolo 770 il quale richiede per lui solo il *contradditorio col curatore*. E questi è conscio di tutto il fallimento, e tutto lo rappresenta; e quindi come in prima istanza, basta pure egli solo in appello „. Non crediamo che si possa con più forbite e precise argomentazioni, interpretare il recondito senso delle parole, con cui il legislatore, sancì quanto riguarda la ammessione provvisoria al passivo del creditore ritardatario; e per essere quelle esposte nella riferita sentenza le nostre convinzioni in materia, riteniamo che il punto della appellabilità dalla sentenza che decide le controversie, al momento in cui rendesi applicabile l'articolo 770, sia più che sufficientemente illustrato.

291. *Casi in cui può farsi luogo alla tardiva opposizione contro le avvenute ammissioni di crediti:*

a) *Scoperta di falsità;*

b) *Dolo;*

c) *Errori essenziali di fatto;*

d) *Rinvenimento di titoli dapprima ignorati.* — Come il diritto di fare opposizione alle ammessioni di crediti era la regola nel sistema di verifica dell'art. 760, e non subiva che una restrizione di tempo per l'applicazione coordinata degli articoli 764 e 765; così, per il disposto del capoverso, art. 770, il principio subisce una inversione e ciò ch'era eccezione, anzi che non era neppur supposto dagli articoli 763 a 765, diventa la regola, la base necessaria per la verificazione dei crediti tardivamente presentati secondo l'articolo in esame. Ed è questo principio dell'art. 770, capoverso, tanto chiaro, che non vi è autore il quale non consenta col Vidari nel dire che, data l'enumerazione dell'art. 770, " se l'opposizione fosse determinata da altre cause dovrebbe essere respinta „ (1). Dunque, il carattere tassativo della enumerazione dei casi in cui può esser fatta opposizione ai crediti ammessi al passivo, è evidente ed inoppugnabile; sicchè, all'infuori di quei casi, neppur un credito quando sia già stato ammesso al passivo può venir impugnato. Ma se è indubbio il valore della disposizione dell'articolo 770, riguardo alle cause che dànno luogo a quella tardiva opposizione, non è altrettanto preciso il legislatore per quanto concerne le persone che possono proporre tali opposizioni; e per quali crediti sia stabilita la restrizione dell'articolo 770.

Abbiam visto che la sentenza dell'Appello di Napoli in data 19 luglio 1889, al precedente numero quasi per intero riferita, ammette all'inciso del primo alinea di quest'articolo, che si riferisce al modo con cui il tribunale deve far luogo all'ammessione provvisoria al passivo dei crediti tardivamente presentati caduti in contestazione, un valore grandissimo quando richiama in quella materia le precedenti disposizioni. Ora quella stessa sentenza nella logica inoppugnabile che ne guida il profondo criterio giuridico sarebbe condotta, come ammise l'appellabilità della sentenza decisoria della contestazione, ad ammettere la opposizione incondizionata all'ammessione già avvenuta dei crediti tardivamente presentati col beneficio dell'art. 770. Perchè se vi sono ragioni, quella, ad es., della sicurezza e tutela dei diritti acquisiti che si tenta dal legislatore col disposto dell'articolo 770, capoverso, che militino in favore di tale disposto quando la si applichi a

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 478, § 4648.

crediti la cui ammessione avvenne non in base all'articolo 770, tali ragioni non potranno più proporsi quando i crediti siano stati ammessi tardivamente, perchè presentati scaduti i termini degli articoli 758, 759, 764 e 769.

Se si vietasse pei crediti già favoriti dalla disposizione dell'articolo 770, che allontana il contradditorio più minuto e vieppiù pericoloso degli interessati nel fallimento, anche quella ampiezza di opposizioni che si concede per tutti gli altri crediti presentati e verificati in epoche in cui non è ancora applicabile l'articolo 770, ognun vede come sarebbe facile che un creditore, anche conosciuto, per sgombrarsi il terreno da pericolose contestazioni e da troppo gagliarde opposizioni, che potrebbero riuscire ad escluderlo dal passivo, attendesse, per presentare il suo credito, l'applicabilità dell'articolo 770, evitandosi così le opposizioni che potevano essergli sollevate contro.

Nè la lettera del capoverso dell'art. 770, nè la posizione di questo capoverso, possono far luogo ad una diversa interpretazione da quella che, *prima facie*, si presenta dal coordinamento dei due alinea primo e secondo di questo articolo: perchè non possiamo ritenere che la congiunzione *anche*, usata dal legislatore e preposta alla frase con cui concede le opposizioni eccezionali, sia sufficiente per restringere il significato dell'articolo 770 nel secondo comma, ai soli crediti la cui verificazione ed ammessione fu fatta prima che si potesse applicare l'articolo stesso.

Dunque, da quello che venimmo dicendo, è nostra opinione che i crediti contro i quali potranno proporsi le opposizioni provocate da qualcuno di quei fatti enumerati nel secondo alinea dell'articolo 770, sono quelli la cui verifica ed ammessione al passivo fu fatta in base agli articoli 763, 764, 765 e 769. Però interpretando lo spirito che informa il disposto di detto secondo alinea, non si potrà ritenere assurda una correzione che proponiamo alla nostra opinione poco sopra esposta; ossia: anche ai crediti verificati per il primo comma, articolo 770, si applicherà il beneficio della limitata impugnabilità, quando i creditori tardivi abbiano già partecipato, come creditori definitivamente ammessi, ad una qualche distribuzione d'attivo.

A questa elaborata conclusione si viene da chiunque legga con intelligenza indagatrice delle cause che hanno mosso il legislatore a sancire questa disposizione, ciò ch'ei ne dice nella motivazione dell'articolo 770 (1). Ma così non è esaurita la critica al disposto di codesto secondo alinea; perchè, oltre i crediti contro cui non può farsi opposizione che nei casi in esso alinea enumerati, è a vedersi quali persone potranno proporre quelle opposizioni. Abbiam veduto, nel corso di questo commento, introdotta più fiate, anche nella procedura di un ordinario fallimento, l'autorità giudiziaria penale, sia come inquirente che come giusdicente; ed abbiamo visto che essa può, in qualsiasi stadio della procedura della fallita, promuovere, contro gli interessati nel fallimento, azioni penali, per tutti quegli atti che si possono penalmente impugnare Vedemmo altresì quali sono i doveri del giudice delegato, del curatore, del tribunale investito della procedura del fallimento nel caso si mostrino nel corso di quella procedura a carico di chissisia fatti che possano essere penalmente perseguitati.

Ora noi ci troviamo di fronte alla specifica indicazione di fatti che sono investiti di carattere reo talmente da rendere inevitabile, in vista di essi e contro i supponibili o provati rei, un procedimento penale. Tali fatti sono la *falsità* e il *dolo*, la cui scoperta dà diritto a sollevare opposizione, in qualsiasi stadio della procedura contro quelli tra i creditori che sieno stati ammessi al passivo ed abbiano partecipato alla distribuzione d'attivo, mediante le mentite, simulate o supposte qualità del loro credito. Saranno, adunque, nel caso di dolo e di falsità, i soli interessati nel fallimentc, cre-

ditori, curatore, fallito, quelle persone che potranno proporre la eccezionale opposizione concessa dall'articolo 770, capoverso? Se noi consideriamo che la persecuzione di certi reati è d'azione pubblica; che la falsità di cui parla l'articolo 770 come elemento contingente per l'impugnativa delle ammessioni già avvenute secondo questo articolo, è di quelle che l'attuale Codice penale regola e punisce nel capo III del titolo VI agli articoli 278 e seguenti, facendole d'azione pubblica; vediamo che non i soli interessati, ma sibbene il rappresentante del P. M., potrà, come che sia, impugnare l'ammessione avvenuta per la captazione dell'altrui buona fede, mediante gli atti falsi.

Quanto al dolo, che è la seconda delle condizioni che il legislatore commerciale del 1882 pone, perchè si possano suscitare opposizioni alle ammessioni diggià avvenute, non sembra il caso, pur trattandosi di materia commerciale dove la teoria divide in due categorie la qualità del dolo, che ha poca o niuna importanza, di portare innanzi la ben nota distinzione romanistica del *dolus* in *dolus bonus* e *dolus malus;* qui, evidentemente, avendo il legislatore usata la voce *dolo* come qualifica dei mezzi frodolenti e loro esplicazione, messi in opera per godere il beneficio dell'ammessione, che invece non sarebbe ricaduto a vantaggio di chi presentò un credito altrimenti inammessibile. Ma l'esplicazione del dolo non assume uno specifico *nomen juris* nella legge penale; essa non considera un reato a sè il reato di *dolo.* Unicamente esso diventa il sostrato necessario di quasi ogni reato; diventa l'elemento generico intenzionale che riveste una qualsiasi azione di carattere delittuoso: è, quindi, la causa e l'effetto insieme del reato; è la estrinsecazione dell'*animus nocendi* o quanto meno dell'*animus locupletandi cum alterius jactura,* che è il fine dalla legge attribuito ad ogni atto che " odio in cielo acquista „. Dunque, il dolo non è un fattispecie che abbia una figura a sè, che sia fine a se stesso, come è la falsità; ma è un elemento che può attribuire carattere delittuoso a una serie infinita di atti; sicchè, quando il legislatore commerciale ha scritto che le ammessioni affette da dolo possono essere impugnate quando che sia, intese dire che ogni volta che possa esser provato come gli atti, i mezzi proposti e fatti dal creditore il cui credito si impugna, furono dolosamente indotti nella verifica ad attribuire al proprio credito qualità che non aveva, è concessa facoltà di ottenere l'annullamento dell'ammessione come affetta da dolo. Ora, il dolo può far luogo a reati d'azione pubblica come a reati d'azione privata; e allora le ammessioni avvenute, in seguito a tali atti, saranno volta per volta impugnabili dall'autorità investita del potere giudiziario penale, o da alcuno degli interessati nel fallimento, a danno del quale si rivolga l'azione dolosa del creditore, la cui ammessione viene impugnata.

Così crediamo si spieghi convenientemente la disposizione dell'articolo 770 relativa alle opposizioni tardivamente proposte.

a) *Scoperta di falsità.* — La falsità è il primo di quegli elementi che il legislatore enumera per l'applicabilità dell'articolo 770, capoverso. Perchè a questo momento della procedura di fallimento venga impugnata per falsità un'ammessione, convien supporre od una grande perfezione nei mezzi usati dal creditore falsario riguardo ai documenti presentati, od una estrema difficoltà di scoprire, nella verifica fattasi antecedentemente, la qualità apocrifa o non autentica, o simulata nel credito, od, infine, una grande trascuranza e negligenza in coloro sui quali grava la direzione delle operazioni di verifica e l'amministrazione del fallimento.

Perchè la falsità, in una condizione di cose come quella che per essa si crea, possa aver per risultato che il creditore che si intrude dolosamente nella massa dei creditori si faccia ammettere al passivo,

conviene che si componga di un sistema intiero di atti coordinati tutti efficacemente a quell'ultimo scopo; essi implicano necessariamente la ipotesi di complicità in persone attinenti ed interessate nel fallimento, e quindi la produzione di una serie di reati che non possono trovare nella sola *falsità* il loro *nomen juris*.

Così non è supponibile che un creditore, autentico in questa sua qualità di fronte al fallito, possa presentare pel suo credito, che veramente esiste, titoli falsificati allo scopo di attribuirsi un privilegio, un diritto qualsiasi di prelazione sugli altri creditori, se non vi è intesa col fallito, o col curatore o con entrambi costoro; in modo che, alla presentazione fatta dal creditore di quei documenti totalmente falsi o falsificati in qualche lor parte, essi non si oppongano subitamente, impugnandoli per falso e facendo luogo ad una inevitabile azione penale. Perchè il fallito, come quello che ha contratto quel rapporto di dare col creditore, e il curatore, come colui che conosce lo stato reale della sostanza del fallito e la qualità delle varie obbligazioni che il commerciante assunse di fronte ai terzi, non possono ignorare se, nella stipulazione di quell'atto, si concessero garanzie particolari o non se ne concessero affatto al creditore. Facciasi un altro caso; suppongasi che un Tizio qualunque voglia profittare della disgrazia del commerciante che si trova in istato di fallimento, presentandosi come di lui creditore. A quest'effetto ei dovrà presentare le sue pretese col nome di un creditore autentico e riconosciuto del fallito; quindi, non potendo per il pericolo che la sua frode sia tostamente scoperta, presentarsi col nome del creditore di cui egli intende usurpare la qualità, dovrà presentarsi come mandatario di costui falsificando, pertanto, il mandato e simulando contemporaneamente due qualità, quella di creditore e quella di mandatario: poi, presentare titoli falsificati ma analoghi al credito che egli assume per evitare contraddizioni troppo palesi tra il titolo ch'egli avanza come mandatario di un creditore, e il titolo realmente costituito nel nome e nella qualità vera dell'autentico creditore.

Da questa complessità di frodi, di simulazioni, di falsi scaturisce la qualità di creditore, che potrà far luogo all'ammessione al passivo, già nulla da bel principio e che potrà essere sempre impugnata, non solo durante la procedura di fallimento, ma anche dopo che questo sia chiuso e tutto il passivo liquidato.

Da questi due casi che noi abbiamo presentati come specie della falsità che può originare l'applicazione dell'articolo 770, si può dedurre un altro infinito numero di casi consimili, ne' quali tutti, permanendo l'elemento costitutivo del falso, si incontra l'adattazione dell'estremo rimedio che la legge commerciale ha concesso. La radiazione del creditore falsario dal passivo avviene *ipso jure* e senza pregiudizio della maggiore responsabilità, che da quegli si incontra di fronte alla legge penale; è pure indubitato ch'egli sarà tenuto alla restituzione di tutte quelle quote di attivo che abbia ricevute nella sua simulata qualità di creditore o quantità di credito, per le ripartizioni fattesi nel corso della procedura.

Questo principio che la legge commerciale ha sancito pella nullità di ammissioni al passivo, carpite mediante falso, ha il suo fondamento, perciò che è della legge civile, in una estensione degli articoli 1108 e seguenti del Codice civile e dell'articolo 494 del Codice di procedura civile (1); però non è solo alle falsità che questi articoli, e par-

(1) Art. 494: Le sentenze, pronunziate in contraddittorio dalle autorità giudiziarie in grado d'appello, possono essere revocate sulla istanza della parte:

1° Se la sentenza sia l'effetto del dolo di una parte a danno dell'altra;

2° Se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti falsi dopo la sentenza, e che la parte

ticolarmente quello della procedura civile, si riferiscono, ma anche al dolo ed agli errori, e di più alla violenza; sicchè, quello che si dice della analogia delle leggi civili e delle commerciali su questa materia, riguardo alla falsità, si applica ad ognuno degli altri elementi che l'articolo 770 indica come capaci di far luogo alla tardiva opposizione.

Il Calamandrei (1), adottando la suddescritta analogia, e rilevando come il legislatore commerciale non abbia compreso nell'art. 770 anche il caso in cui l'ammessione sia viziata dalla violenza, come invece parla l'articolo 1108 del Codice civile, crede che non sia però esclusa l'applicabilità della disposizione del secondo alinea articolo 770, ogni volta che dovesse presentarsi quel vizio; e scrive: " Deve credersi che non ne sia stata fatta parola, soltanto perchè è quasi impossibile che si verifichi violenza nella ammessione di crediti: giacchè bisognerebbe supporre, che tutti gli interessati fossero costretti colla forza ad astenersi dal sollevare contestazioni contro l'ammissione; ed anche perchè la violenza non potrebbe essere diretta che ad impedire rivelazioni di falsità, di dolo o di errori, o la produzione di titoli ignorati; in modo che ad essa andrebbe unito, quasi sempre, il verificarsi di uno dei casi espressamente contemplati nel secondo alinea dell'articolo in esame. Ma, se violenza discompagnata dai casi stessi si verificasse, non vi sarebbe ragione alcuna di derogare alle regole generali di diritto (Cod. civ., articolo 1111 e seguenti) ed escludere che possa farsi opposizione „ (2).

A questa opinione del Calamandrei, rafforzata anche dalla sottocitata sentenza dell'appello Torinese, crediamo non siavi alcuno che possa opporre ragioni validamente negative; tanto più che se, come ebbe a dire, vigente il Codice di commercio del 1865, l'appello di Napoli (3), nel fallimento l'ammessione fatta con le dovute regole quali la legge commerciale prescrive (art. 662 e seguenti Cod. comm. 1865) forma, fra le parti ammesse al passivo, compresovi il fallito, un quasi-contratto giudiziale che non può più essere alterato, e libera il creditore ammesso da ogni ulteriore molestia, non può essere ugualmente accettato quel credito che fu viziosamente ammesso, il che è lo scopo dell'articolo 770, secondo comma, anche la violenza che eventualmente provochi un'ammessione ingiusta, dà luogo contro al credito per essa accolto nel passivo alla tardiva opposizione dell'articolo 770.

b) *Dolo.* — Oltre la falsità, il secondo caso *penale*, diremo, che può far luogo alla tardiva opposizione contro l'ammessione dei crediti, è il dolo. Cercammo di spiegare più addietro cosa debbasi intendere per dolo: nè qui ripeteremo ciò che già si disse. Quando un'ammessione sia effetto del dolo, il quale sia stato efficace a produrla, anche se nessun fatto specifico possa assumere, per l'uso del dolo, carattere di particolare reato, essa può essere impugnata. Chi impugna un credito già ammesso, per la facoltà

---

soccombente ignorasse essere stati riconosciuti, o dichiarati falsi prima della sentenza stessa;

3° Se dopo la sentenza siasi ricuperato un documento decisivo, il quale non siasi potuto produrre prima per fatto della parte contraria;

4° Se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa.

Vi è questo errore quando la decisione sia fondata sopra la supposizione di un fatto, la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando sia supposta la inesistenza di un fatto, la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso, quando il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunziato.

. . . . . .

(1) Op. cit., vol. I, pag. 337, n. 894.

(2) Cfr. Sentenza Appello di Torino, 16 gennaio 1877 (*Giurispr. T.*, XIV, 361).

(3) Appello di Napoli, 5 marzo 1873 (*Legge*, XIII, I, 371).

concessa dall'articolo 770, evidentemente si assume il carico della prova; per cui, specialmente nella opposizione per dolo, la nullità dell'ammessione non avviene *ipso jure*, come può darsi in alcuni casi di falsità, ma deve essere provata con quelle particolari forme di prova che la legge designa per cotali impugnative. E l'opponente non dovrà provare che il dolo esiste in questa specie piuttosto che in quella; ma solo che esiste, e che fu per esso che il creditore, di cui trattasi, ha potuto carpire l'ammessione al passivo.

c) *Errori essenziali di fatto.* — L'articolo 1110 del Codice civile, ammettendo la qualità dell'errore di fatto adatta a rendere nulli i contratti e le obbligazioni che ne sono viziati, stabilisce che l'errore di fatto non produce nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto. Non produce nullità quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato, eccetto che la persona con la quale si intende contrattare, sia la causa principale della convenzione. Una sentenza della Cassazione di Torino in data 29 dicembre 1885 ha stabilito che l'errore, di cui parla l'articolo 1110 del Codice civile, consiste nel credere vero ciò che è falso, o nel credere falso ciò che è vero; ed è rappresentato dalla differenza che passa tra il concetto della mente e la realtà delle cose (1). Tale è, adunque, l'errore essenziale di fatto che il legislatore ha ritenuto elemento sufficiente per rendere impugnabile in qualsiasi tempo la ammessione al passivo che ne sia viziata. L'errore che il legislatore commerciale considera all'articolo 770 e denomina essenziale di fatto, deve cadere sulla sostanzialità materiale del credito che si vantò e si ammise: in modo cioè che il fatto che occasionò l'ammessione al passivo di quel credito, non sia vero o sia diverso da quello originariamente veduto e pel quale s'addivenne alla ammessione. Di solito l'errore essenziale di fatto può considerarsi come effetto della falsità o del dolo, o anche del rinvenimento di titoli dapprima ignorati. Perchè queste illegittimità proposte dalla mala fede del creditore o d'altri, o derivanti da un fatto non attribuibile a frode od a colpa d'alcuno, producono appunto un errore essenziale di fatto, perchè inducono il giudice delegato o l'autorità giudiziaria che deve ammettere il credito al passivo, ad ammetterlo quando in fatto non si poteva, o quando, se si fosse potuto, la quantità del credito poteva far luogo solo ad una ammessione per somma diversa. La legge non ha parlato dell'errore di diritto di cui parla l'articolo 1109 del Codice civile; forse perchè ritenne impossibile un tale errore quando il legislatore ha, col mezzo della verifica, affidato a tali persone la cribrazione delle varie ragioni di credito, che, eccetto i casi di falso o di dolo, specificatamente considerati, non sia possibile un errore vertente sulla qualità giuridica del contratto o sulle persone contraenti. Ma è da considerare altresì che, a differenza del dolo o della falsità, e particolarmente della seconda, — per cui non potrà che in rarissimi casi essersi ottenuta la non ammessione di un credito al passivo — l'errore essenziale di fatto potrebbe aver prodotto anche la non ammessione del credito contestato. Sicchè, stando al letterale disposto dell'articolo 770, secondo alinea, non sembrerebbe più possibile un'opposizione, che, per la stessa ragion dell'essere suo, implica un oggetto contro cui dirigersi, un fatto, diggià avvenuto, che possa essere il bersaglio di quella particolare azione. Questo alinea dice che nei casi di falsità, dolo, errori essenziali di fatto, o di rinvenimento di titoli dapprima ignorati, si può far luogo, anche tardivamente, all'opposizione alle *ammissioni già avvenute;* quindi, se si parla di un fatto che esiste e che ha già tutte le ca-

(1) La *Legge*, 1886, I, 550.

ratteristiche necessarie, per assumere quella particolare denominazione, la facoltà concessa da questo comma dell'articolo in esame potrà solo esercitarsi nel caso in cui il fatto che è diretto a correggere esista realmente. Sicchè, quando un errore essenziale di fatto possa aver indotto il giudice delegato o l'autorità giudiziaria competente a non ammettere un credito al passivo, non sembra possa concedersi al creditore, i cui diritti son così misconosciuti, il diritto d'opposizione dell'articolo 770.

Tale essendo la stretta deduzione dalla lettera di questo articolo, non crediamo, tuttavia, che la interpretazione dello spirito che lo domina possa sostenere questa deduzione. Ed allora dobbiamo credere che l'errore a cui si alluse dal legislatore dà diritto non solo ad opporsi quando sia stato causa di ammissioni di crediti i quali o non si potevano accogliere, o se accoglibili, dovevano essere ammessi per una somma diversa da quella per la quale figurano nel passivo, ma anche, e con maggior ragione, alla opposizione per ottenere l'ammessione di un credito che per errore essenziale di fatto non fu ammesso al passivo: tale, quindi, dev'essere la interpretazione da accordare all'alinea secondo dell'art. 770.

d) *Rinvenimento di titoli dapprima ignorati.* — Se per ciò che concerne l'errore essenziale di fatto abbiam dovuto concludere che si deve far luogo ad opposizione *ex tempore*, allora che un credito, in causa di quell'errore, non fu ammesso al passivo, *a fortiori* la interpretazione deve ripetersi ed integrarsi per la non ammessione dovuta alla mancata presentazione di titoli che dapprima non si eran potuti presentare in prova del credito proposto perchè smarriti. Anzi diremo che non è d'altra interpretazione suscettibile, codesta parte del secondo comma dell'articolo in esame, perchè sarà ben difficile che, per mancanza di titoli che solo più tardi si rinvennero e si poterono presentare, siasi fatto luogo, ciò non ostante all'ammessione di quei crediti. È per ciò riteniamo che, in quanto concerne il rinvenimento di titoli che non erano stati per anco presentati, l'articolo 770 non si presti a concedere una facoltà d'opposizione ad ammessioni che non si sa quali dovrebbero essere; ma piuttosto dovrebbesi qui parlare o d'una opposizione generica alle distribuzioni dell'attivo, una specie di sequestro conservativo, o d'una nuova ammissione, per la presentazione di quei titoli dapprima ignorati, come dice l'articolo 494 del Codice di procedura civile, ammessione che, nel silenzio della legge a tale riguardo, sarebbe proposta in contraddittorio del curatore secondo le regole dell'articolo 770 stesso al suo primo comma. Questa ammessione di un credito che fu già dichiarato inammessibile per non sufficienza di titolo, produce una nuova figura, non immaginata dal legislatore, nella meccanica della verificazione dei crediti: perchè qui si tratterebbe non di un credito veramente nuovo pel quale si fa luogo, quindi, ad una verifica originale, ma di un credito cui competerebbe una seconda verifica, che sarebbe causa d'una specie di revisione degli atti della verifica, nella quale non si volle ritenere per sufficientemente provato il credito a sostegno del quale eransi presentati titoli irrepugnabili e dapprima ignorati. Nè abbisogna una acutissima intelligenza per scorgere l'effetto che produrrebbe la presentazione di nuovi titoli allo scopo di ottenere una ammessione già negata e per la quale l'autorità giudiziaria pronunziò, in tutti gli stadi della ordinaria procedura delle cause, una sentenza diggià passata in cosa giudicata. A simile evento non ha pensato il legislatore commerciale nel sancire il disposto dell'articolo 770 capoverso. Perchè, non potendosi negare di buon diritto dal creditore che presenta i titoli dapprima ignorati a sostegno del suo credito, ond'essere ammesso al passivo, s'incontrerebbero non poche e non facilmente superabili difficoltà nella procedura e nelle

leggi di rito per far luogo a quella ammessione. Fino a che fosse ancora pendente la contestazione sul credito i cui titoli si rinvengono solo tardivamente e sono presentati solo in uno stadio della contestazione tuttora da decidersi, la cosa verrebbe sciolta di per sè dalla disposizione dell'articolo 494 del Codice di procedura civile, che appunto tronca la questione e il dubbio col suo terzo numero; in questo caso la sentenza vien totalmente revocata e all'ammessione si fa luogo dalla stessa autorità giudiziaria che ha pronunziata la revoca; ma è necessario che la sentenza, che non decideva la contestazione favorevolmente al creditore, sia stata pronunziata in grado d'appello. Escluso questo caso, regolato dall'art. 494 del Codice di procedura civile, e dato che, la sentenza dell'Appello abbia già percorso lo stadio della cassazione e non siasi fatto luogo ad annullamento di tale sentenza dalla Corte Suprema in modo che sia reso applicabile l'articolo 549 del Codice di procedura civile — considerando anche che il ricorso in Cassazione rende inapplicabile a favore del ricorrente la disposizione dell'articolo 497 per il tempo più lungo concesso nel caso dell'articolo 494, n° 3, per chiedere la rivocazione della sentenza pronunziata in grado d'appello contro la ammessione — si domanda, come potrà mai il creditore che potrebbe ottenere l'ammissione presentare titoli che prima s'ignoravano?

È principio fondamentale che non è ammessa per più fiate un'azione sullo stesso oggetto; *non bis in idem;* sicchè, interpretando di rettamente questo apoftegma, al creditore che non potesse giovarsi dell'articolo 494, n° 3 e dell'articolo 497, sembra precluso assolutamente l'adito ad ottenere la propria ammessione al passivo. Ma allora, per questi ostacoli che la legge di rito appone ad un simile creditore, non sarà più possibile ch'egli ricuperi l'aver suo? Dovrà egli assistere, reso impotente da quelle stesse leggi, che dovrebbero tutelare il suo diritto, al rovinlo del suo credito? È nostro parere che in tal caso l'art. 770 sia applicabile nel suo primo comma a tale credito come ad un credito nuovo tardivamente presentato: con questa modificazione; che quanto al contraddittorio, che il curatore può opporre ai crediti che vengono presentati in questo momento della procedura, questi non possano da lui nè da alcuno venire più impugnati per insufficienza di titolo, quando i titoli nuovamente presentati siano quelli appunto nella ignoranza o mancanza dei quali non si ammise il credito stesso al passivo: quanto alle opposizioni che non sieno già state fatte, o che con la presentazione de' nuovi titoli dapprima ignorati non vengano superate e sconfitte, esse potranno sempre proporsi, perchè per esse si viene a considerare la controversia che ne nasce come cosa nuova, non lesiva quindi nè alla cosa giudicata, nè alla regola del *non bis in idem.*

Non troviamo traccia alcuna nè nella giurisprudenza e dottrina commerciale italiana, nè nella dottrina e giurisprudenza francese, della questione che abbiam sollevata e tentata di risolvere più colla guida dell'equità che con quella dello *strictum jus*, e non vorremmo essere perciò imputati di troppa fantasia, se, sollevando e risolvendo questioni che non sono ancora nate nella vita pratica della legge commerciale italiana, abbiam cercato di prevedere un caso che è nelle umane possibilità d'evenienza (1).

(1) Si noti, quanto alla possibilità della rivocazione per la presentazione di titoli nuovi o ignorati, che la giurisprudenza interpreta in strettissimo senso la disposizione dell'articolo 494, n° 3, procedura civile. — La Cassazione di Torino, con sentenza 29 marzo 1881, stabilì che è solo nel caso che i documenti non siansi potuti presentare per fatto della parte avversaria, che si può chiedere la rivocazione di una sentenza (*Legge*, 1881, II, 514). — Però, la dottrina francese si mostra più larga della giurisprudenza e della dottrina procedurale italiana.

292. *Effetti di tali opposizioni per ciascuno di simili casi.* — Un effetto comune ai quattro casi pei quali l'art. 770 accorda l'opponimento all'ammessione, in qualsiasi stadio della procedura di fallimento, è evidentemente quello di ottenere la radiazione dal passivo, e conseguentemente l'allontanamento dalla partecipazione all'attivo, del creditore il di cui credito è impugnato. Ma questo effetto che risorte dal contesto dell'articolo 770 secondo alinea, non è estensibile, per vero, a ciascuno dei quattro in esso numero. Perchè, se i crediti ammessi per dolo o per falsità, una volta che dolo o falsità siano provati, debbono essere tolti di mezzo, non così avviene quando si incontrino impugnative per errore essenziale di fatto o per scoperta di documenti dapprima ignorati. Ed abbiamo visto parlando particolarmente dell'errore essenziale di fatto, che dalla scoperta di quest'errore possono prodursi due fatti diversi: la cancellazione o la riduzione della ammessione, come anche la nuova ammessione o l'aumento della somma primitivamente accordata al credito su cui verte l'errore. Ora, riman chiaro che ognuno dei quattro casi presenta un effetto suo proprio che non può portare alcun elemento di unificazione agli altri per quanto compresi sotto la stessa disposizione di legge, e diretti ad un identico scopo. Ma ciò che tuttavia rimane comune a questi casi, è la possibilità di dare vita ad eventi diversi ed opposti; perchè, se il legislatore, come addietro avvertimmo, parlò d'impugnativa d'ammessione, non per questo devesi intendere, la disposizione dell'articolo in esame, limitata alla sola parte negativa di quell'estremo rimedio che la legge accorda ai creditori di un fallito a tutela delle loro ragioni. Però, a parer nostro, quella disposizione si estende anche ad una azione esercibile in qualsiasi stadio della procedura del fallimento per ottenere l'ammessione tardiva di un credito che non venne anteriormente accolto per le mene o le eccezioni apposte all'accettazione di esso, o per insufficienza di titoli provanti la validità e la qualità del credito. Non interpretata in questo senso la disposizione dell'art. 770, secondo comma, perderebbe quel carattere favorevole in ogni caso al creditore che fu diretto intendimento del legislatore d'attribuirle.

293. *Carico delle spese delle dichiarazioni ed opposizioni tardive. — Errore della legge riguardo alle tardive opposizioni.* — La disposizione del terzo alinea dell'articolo in esame è comune, come abbiamo veduto al numero 287, a tutte le legislazioni commerciali; e questa comunanza ed identità di disposti di legge ha la sua ragione nell'intento del legislatore di attribuire al carico delle spese imposto a chi tardivamente presenta opposizioni o dichiarazioni di crediti un carattere quasi di sanzione penale: nel senso, cioè, che il creditore negligente, per quanto sapesse di poter in qualsivoglia tempo presentare la dichiarazione del proprio credito, o l'opposizione ad ammessioni già avvenute, pure dovesse trovarsi eccitato ad agire tempestivamente per evitarsi le spese occasionate da tali suoi atti, senza sicurezza, in molti casi, di godere interamente i frutti della tardiva ammessione.

Su questa interpretazione s'accordano tutti gli autori, sicchè non vi si spendono altre parole. Tuttavia il Boulay-Paty (1) e il Calamandrei (2) con lui, avvertono che nelle opposizioni elevate contro ammessioni avvenute per dolo o falsità od anche errore, quante volte l'opponente riesca nel suo intento di rendere frustranea l'ammessione, avvenuta per l'influenza di qualcuno di tali mezzi, le spese occasionate dalla " .....contestation qui serait faite, continueraient a être supportés par la partie qui succomberait „. Una tale interpretazione

(1) Op. cit., vol. II, pag. 130, n. 503.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 340, n. 395.

dell'articolo 770, terzo comma, rileva, pertanto, una improprietà ed inopportunità nella disposizione ivi emanata dal legislatore: e quel carattere assoluto e preciso che volle imprimere a tale disposto, perde molto della sua intensità. Se è giusto che, in pena della sua negligenza, il creditore che presenta, per la facoltà concessagli dall'articolo 770, primo alinea, una tardiva dichiarazione del suo credito, debba sobbarcarsi a quelle spese cui ponno eventualmente dar luogo la verificazione e la ammessione, non si può dire altrettanto giusto il medesimo criterio esteso a colpire del carico delle spese chi rileva la falsità, il dolo, l'errore che ebbero per effetto la ammessione di un credito, che altrimenti non avrebbe mai potuto essere accolto.

Qui convien distinguere e con non troppa sottigliezza, i due casi: il caso, cioè, in cui un creditore sollevi temerariamente un'eccezione di dolo o di falsità per allontanare un creditore diggià ammesso dalla partecipazione alla distribuzione dell'attivo della fallita; dal caso in cui l'opposta eccezione, e l'impugnativa del credito siano fondatamente proposte, e l'effetto di tale tardiva opposizione, si sprigionino utilmente per la massa dei creditori, allontanando quell'intruso. Nel primo caso, nessuno può dubitare che si debbano seguire i principii comuni della procedura ordinaria, che grava le spese su chi soccombe; quindi, colui che ha promossa un'azione temeraria, paghi le spese dell'azione; ciò è giusto ed è utile, ripetiamo, per infrenare le troppo frequenti irruzioni intempestive di opposizione. Nel secondo caso, invece, pur rimanendo fisso il principio delle spese, ricadenti su chi soccombe, della repetibilità delle spese, non sembra applicabile il principio che il legislatore sancisce con distinti caratteri di assolutezza nel terzo comma dell'articolo in esame: anzitutto perchè le spese essendo ripetibili, non si può concordare con questo inoppugnabile dettato dell'ordinaria procedura, che qui trova applicazione, il principio stesso dell'articolo e del comma in esame, che di quel dettato forma la negazione: poi, perchè nel caso in cui le spese vengano dichiarate compensate, o la ripetizione di esse rimanga inefficace per la insolvibilità del litigante in quelle condannato, non riesce equo che chi, essendo creditore, promosse un'azione, la quale giovò a tutta la massa, debba ei solo sottostare alle spese da quel generale beneficio dipendenti.

Abbiamo, per l'articolo 370 del Codice di procedura civile che la parte soccombente nelle liti è condannata alle spese del giudizio; e, concorrendo giusti motivi, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte. Questo è un principio assoluto e generale al quale la legge di procedura non oppone deroghe od eccezioni. Ora, come deve interpretarsi quanto dispone l'articolo 770, terzo alinea, in confronto di quell'articolo della ordinaria procedura? Il Calamandrei, più con spirito giocoso che con scienza, risolve la questione dicendo che l'articolo e il comma in esame intendono stabilire una deroga al principio sancito dall'articolo; e che se colui che promuove la tardiva opposizione in causa delle spese incontrate deve subire un danno "... si consolerà colla massima che *qui culpa sua damnum sentit, damnum sentire non videtur* „ (1). Codesto autore, in contraddizione con se stesso, non ha risolta certo la questione; nè ha, con la citazione dell'apoftegma malamente invocato, provata l'equità del disposto del legislatore commerciale. Se il legislatore ha detto che *sempre* le spese delle tardive opposizioni o dichiarazioni sono a carico di chi le promuove, evidentemente ha inteso mettere la massa patrimoniale del fallimento al sicuro da ulteriori diminuzioni singolarmente tentate senza il consenso e la solidarietà di tutti i

(1) Op. cit., vol. I, pag. 340, n. 395.

creditori formanti la massa; ma non ha certo voluto, il che neppur, d'altro lato, poteva, imporre una regola tanto lesiva alla regola di rito stabilita nell'articolo 370 del Codice di procedura civile, come quella che, secondo il Calamandrei, carica le spese della tardiva opposizione, qualunque sia l'esito dell'azione, su chi tale azione promuove. Le deroghe devono essere espresse quando avvengono nella istessa materia a cui appartiene la norma generale e quella che ne forma una deroga; ora, come non dovrebbe essere ben precisata ed espressa una deroga dell'importanza di quella che il Calamandrei intravvede nel disposto del comma terzo dell'articolo in esame, quando neppure v'è l'identità della materia in cui agiscono il principio generale e la deroga oppostagli? Rimane, a veder nostro, chiaramente dimostrata, e l'erroneità della interpretazione *estensiva* data dal Calamandrei alla disposizione che si esamina, e l'applicabilità dell'articolo 370 del Codice di procedura civile. Dippiù, come si è avvertito alquanto più sopra, in omaggio all'aforisma *nemo locupletari debet cum alterius jactura*, non crediamo si possa ritenere contraria allo spirito dell'articolo 770, terzo comma, la correzione della lettera di esso in modo da ritenere caricabili, sulla massa del fallimento, quelle spese che si occasionassero per una tardiva opposizione, all'ammessione già avvenuta di qualche credito, quando il credito così impugnato venisse rejetto dalla massa, e non fosse possibile ripetere da quel creditore le spese derivanti dall'azione. Notisi dippiù, che un esempio di questa ripercussione di spese sulla massa o sul creditore, anche nel caso di opposizione temeraria, si avrebbe, qualora il pubblico ministero impugnasse d'ufficio, come è dover suo, un credito diggià ammesso al passivo, per falsità o dolo; perchè, all'infuori di quelle spese che vengono caricate all'erario, tutte le altre spese che si dovessero sostenere per l'azione, verrebbero a ricadere o sul curatore o sul rejetto o sulla massa; e se l'azione fosse promossa dal curatore il che mostrerebbe esser ciò fatto nell'interesse della massa essendone costui l'amministratore, non sappiamo se la massima citata dal Calamandrei potrebbe condurre a conclusione diversa di quella di caricare le spese, qualunque sia l'esito dell'azione, sulla massa stessa, che la promosse pel suo amministratore. Vero è che in questo caso vi sarebbe da considerare a quale evento conduca la responsabilità del curatore stesso per la negligenza nell'amministrazione, e di quali misure disciplinari potrebbe esser costui fatto segno. A concludere, adunque, questo numero, diremo che le spese delle tardive dichiarazioni di credito, devono rimanere a carico del creditore negligente che non seppe presentarsi tempestivamente; ma le spese delle tardive opposizioni, nella loro incidenza seguono il principio dell'articolo 370 della civil procedura, e possono anche essere gravate sulla massa, quando l'azione sia promossa dall'autorità giudiziaria in determinati casi, o dal curatore a nome della massa; o quando, promossa l'azione da un singolo creditore, il buon esito di questa non possa compensare le spese occasionate per insolvibilità del soccombente, il vincitore debba egli soddisfarle, procurando alla massa un lucro con proprio danno.

La Commissione del 1869 (1) nei motivi con cui accompagnava nel progetto preliminare la compilazione dell'articolo attuale 770, scriveva che modificando le disposizioni dell'articolo 614 del Codice commerciale del 1865, " .... si riproduceva quella di esse, per cui le spese delle dichiarazioni e delle opposizioni tardive restano sempre a carico di chi le promuove .... ". Questa riproduzione del disposto dell'articolo 614 dell'abolito Codice di commercio, così esposta nel verbale della Commissione, è

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 12 marzo 1872 - Verbale 824.

erronea e non riproduce che la conclusione di un disposto senza tener calcolo del principio in quello sancito, anzi, falsandolo. Perchè, osservi il lettore (1), l'articolo 614 parla unicamente di opposizioni alle ripartizioni d'attivo; facoltà concessa ai creditori ritardatarî, conosciuti o non conosciuti, nell'intento di assicurar loro quelle quote di attivo alla cui ripartizione non siasi ancor proceduto o siasi per procedere. Il principio, quindi, su cui l'articolo 614 dell'abolito Codice, fondava la conchiusione, che il legislatore del 1882 dice d'aver ripetuto, è ben diverso da quello che informa tutto l'articolo 770. Il quale solo in parte, quando, cioè, parla di tardive nuove dichiarazioni, può ritenersi riproduca lo spirito di quella legge; ma non può più essere invocato nel coordinamento del secondo e terzo alinea dell'articolo in esame. Perchè le opposizioni nei loro casi e nella loro accettabilità enumerate dall'articolo 770, non hanno neppure il più lieve contatto, la più tenue somiglianza con l'opposizione generica e di altra natura, regolata dall'art. 614 del Codice abolito. Dunque, il legislatore del 1882 e i commentatori del Codice, che, come il Calamandrei, dànno alla disposizione dell'articolo 770, terzo comma, una uguale importanza tanto sulle opposizioni, quanto sulle dichiarazioni, non s'accorgono che è completamente errato l'alludere al disposto dell'articolo 614, come identico al disposto dell'articolo 770; e che la disposizione di quell'articolo riportata nel terzo alinea dell'articolo 770 non ha per sè la giustificazione che la garantiva nell'articolo 614 del Codice abolito; e vi si trova in perfetta antitesi con lo spirito della legge e con i più elementari principî non solo dell'equità, ma anche dell'ordinaria procedura.

294. *Il nome del titolo V. — Rinvio al commento di questo titolo. — Pochi cenni per legare l'articolo 770 con le disposizioni di quel titolo.* — Come tutte le legislazioni commerciali che gettano il carico delle spese delle tardive presentazioni di credito e delle tardive opposizioni su chi tardivamente presenta la dichiarazione o tardivamente promuove l'opposizione, così sancirono contemporaneamente quale dovea esser l'esito della presentazione e dell'ammessione tardiva, quando, anche quest'ultima, dipendesse dalla tardiva opposizione. E questi effetti, quest'esito, di solito compendiavansi in una perdita di parte delle distribuzioni d'attivo che il creditore avrebbe potuto lucrare ove si fosse tempestivamente presentata, od averne nel tempo utile fatta l'opposizione; oppure, quando non era sancita la perdita, si ammetteva il creditore al prelevamento dell'intero ammontare del suo credito sull'attivo della fallita non per anco stato distribuito o diviso. Tale è il sistema dell'articolo 503 del Codice di commercio francese; tale quello dell'articolo 614 dell'abolito Codice di commercio italiano. Ora, il legislatore del 1882 pur adottando, in massima, i principî dell'intero articolo 614 di quel Codice, trovò che era cosa più conveniente dividere la materia che eran diretti a regolare, rimandandone la trattazione singolarmente a quei varî titoli, sezioni e capi del terzo libro dell'attuale Codice di commercio ove avessero trovata una collocazione più opportuna. Di ciò non può veramente esser mossa critica al legislatore; il quale, parlando delle opposizioni tardivamente sollevate, diceva che "... si riserva al capo della *ripartizione* la determinazione degli effetti delle medesime riguardo ai beni del fallito „ (2). Questo

(1) Art. 614 Cod. di comm., 1865, 1° comma: " I creditori conosciuti o non conosciuti che nei termini sopra indicati non fossero compresi nelle ripartizioni da farsi, nondimeno possono fare opposizione fino alla distribuzione del danaro inclusivamente. Le spese della opposizione saranno sempre a loro carico..... „.

(2) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 12 marzo 1872 - Verbale 824.

capo a cui così alluse il legislatore, è quel titolo V di cui parla l'ultimo comma dell'articolo in esame, titolo che ha nome " DELLA RIPARTIZIONE TRA I CREDITORI E DELLA CHIUSURA DEL FALLIMENTO ".

Il trattare ora, come era necessario per la disposizione dell'antico Codice di commercio, dei diritti che la legge riconosce e delle facoltà che consente al creditore, conosciuto o non conosciuto, che si presenta o che fa opposizione intempestivamente, sarebbe un dislocare le membra del terzo libro del Codice dalla disposizione loro stabilita dal legislatore; sicchè rimandiamo all'esame esegetico, sintetico ed analitico di questo V titolo e degli articoli sotto esso enumerati, la trattazione degli effetti delle tardive opposizioni ed ammessioni. Tuttavia, a solo scopo di formare quell'addentellato che sarà necessario pure nel commento di quel titolo, avvertiamo fin d'ora che i creditori dell'articolo 770, non hanno diritto che venga a loro vantaggio fatta alcuna riserva di somme sulla distribuzione dell'attivo, quando presentano la loro tardiva dichiarazione, neppure nel caso in cui il tribunale li abbia provvisoriamente ammessi. Invece può essere ordinata dal tribunale la riserva delle somme da lucrarsi nelle successive ripartizioni, per ciò che riguarda i crediti contro cui siansi sollevate le tardive opposizioni dell'articolo 770; senza per ciò dar alcun diritto al creditore del credito impugnato di ritenersi le somme percepite nel caso in cui il credito sia dichiarato in tutto od in parte insussistente. Il creditore tardivamente ammesso, di regola non può reclamare contro le diggià avvenute ripartizioni, nè opporsi a quelle già ordinate dal giudice delegato. Solo, quando siano stati provvisoriamente ammessi al passivo, possono concorrere nelle ripartizioni successive. Un caso che non è contemplato dall'articolo 770, per quanto importante e facilmente prevedibile, è quello della tardività della presentazione dei crediti non dipendente dalla negligenza del creditore; come ad es.: avverrebbe se un creditore sconosciuto non avesse potuto conoscere che tardivamente lo stato di fallimento in cui venne a cadere il proprio debitore. Allora il legislatore distingue il creditore che può giustificare la propria tardività da quello il cui ritardo essendo indipendente da negligenza, pure non può portare giustificazioni: e per il creditore ritardatario che giustificherà di essersi trovato nella impossibilità di fare la dichiarazione dei crediti tempestivamente, concede di prelevare sull'attivo rimanente, anche quelle somme che non potè prelevare a tempo delle anteriori distribuzioni; tale facoltà non è concessa al creditore che non può giustificare il ritardo. Però, sia al primo che al secondo è conservato, evidentemente, il diritto di agire per danni contro chiunque dell'amministrazione del fallimento, eccetto il giudice delegato, e contro chiunque della massa dei creditori, cui sia imputabile la causa del ritardo in cui è caduto il creditore.

CAPO II.

Delle varie specie di creditori.

Art. 771.

Tutti i creditori del fallito hanno diritto di prender parte alle deliberazioni del fallimento, salve le disposizioni che regolano la partecipazione dei creditori aventi ipoteca, pegno od altro privilegio nella ripartizione dell'attivo ed il loro intervento nel concordato.

Sommario.

295. *Uguaglianza dei creditori riguardo alle deliberazioni del fallimento.*
296. *Eccezioni riguardo ai creditori pignoratizi, ipotecari o altrimenti privilegiati per la ripartizione dell'attivo.*
297. *Le stesse eccezioni riguardo all'intervento nel concordato.*

295. *Uguaglianza dei creditori riguardo alle deliberazioni del fallimento.* — Abbiamo veduto che il legislatore, nell'articolo 763, chiamava in contradditorio del giudice delegato, nella verificazione dei crediti, tutti gli interessati nel fallimento; e, quindi, nello stesso articolo ammetteva ad assistere ed opporsi alla verificazione dei crediti i creditori, i cui crediti fossero verificati o soltanto portati in bilancio. Ora, nella disposizione dell'articolo 771, che non ha simili nel Codice abolito e nel Codice di commercio francese, come in nessuno dei Codici di commercio d'Europa, che furono fatti sul modello del Codice francese, si stabilisce che tutti i creditori del fallito hanno diritto di prendere parte alle deliberazioni del fallimento. Si vede da questa espressa dichiarazione, che il legislatore intese con essa stabilire un nuovo diritto pei creditori, un nuovo diritto ch'eglino altrimenti non avrebbero, non potendone la formola essere dedotta da alcun'altra identica disposizione della legge. Difatti, vedemmo che già il legislatore faceva, per quanto allora inopportunamente, un accenno alle *deliberazioni* del fallimento, come alcun che di diverso della partecipazione ed assistenza alle *adunanze* dei creditori aventi per iscopo appunto una qualsiasi deliberazione sulle operazioni della fallita; questo accenno è nell'articolo 767 e riguarda il creditore cui si contesti soltanto il privilegio o l'ipoteca. Ma il diritto che con l'articolo 771 si concede alla generalità dei creditori, non viene toccato se non per formare la base delle eccezioni proposte quanto ai creditori ipotecari, pignoratizi o altrimenti privilegiati; sicchè il disposto dell'art. 771, va inteso nel senso non d'una concessione d'un diritto fatta ai creditori, i quali non ne sono per la loro stessa qualità investiti; ma solamente nel senso della dichiarazione di un diritto esistente in ogni creditore ed indefettibile per la semplice qualità di creditore del fallito riconosciuto, verificato e portato al passivo, dichiarazione fatta al solo scopo di fissare le limitazioni stabilite per simile diritto, in ciò che ha tratto col suo esercizio da parte di una determinata categoria di creditori. Intesa in questo suo vero significato la disposizione dell'articolo 771, trova un certo qual punto di contatto con la disposizione, per quanto monca e singolare, dell'articolo 661 del Codice di comm. del 1865, che stabiliva che i creditori del fallito, che sono validamente muniti di pegno, non sono inscritti nella massa se non per memoria; col che si veniva a stabilire, per tale categoria di creditori, una tutto particolare condizione, come quelli che, entrando a far parte numericamente della massa dei creditori, non correvano le sorti degli altri creditori e con essi non concorrevano nella partecipazione all'attivo, ma ottenevano un trattamento particolare. Simile all'art. 661 dell'abolito Codice di commercio sono gli articoli 546 del Codice di commercio francese, l'articolo 542 dello stesso Codice belga, l'articolo 1118 del Codice spagnuolo, l'articolo 1227 del Codice portoghese, l'art. 253 del Codice musulmano, e l'articolo 360 del Codice egiziano. Conviene però notare che l'articolo citato di tutti e di ciascuno di questi codici ha una collocazione diversa di quella dell'articolo 771 che esaminiamo ora; e corrisponderebbe piuttosto ad un primo comma dell'articolo 772, che all'articolo col quale lo rende confrontabile la

leggiera assomiglianza della eccezione stabilita circa i diritti di una particolare categoria di creditori. Le disposizioni della legge austriaca 1869 sul fallimento e dell'analoga ordinanza germanica del 1877, le rendono pressochè inconfrontabili con le disposizioni sia dell'abolito Codice italiano all'articolo 661, che con quelle dell'art. 771 dell'attual Codice: tuttavia, mentre l'ordinanza germanica non contiene che alcuni scarsi accenni alla condizione fatta ai creditori ipotecari, privilegiati, e specialmente ai garantiti con pegno, la legge austriaca stabilisce, riguardo a questi ultimi disposizioni analoghe a quelle dell'articolo 772 della nostra legislazione commerciale, estendendo ancor più i diritti della massa verso gli oggetti del fallito, ritenuti in pegno dal creditore privilegiato. Ma, tutto sommato, il carattere della disposizione dell'articolo 771, è quello di una modificazione essenziale al sistema seguìto dall'abolita legislazione per quello che riguarda il trattamento da farsi ai creditori muniti di una qualsiasi valida garantìa dalla legge riconosciuta ed accettata.

" Una deviazione, dice il *verbale* 830 della Commissione 1869 (1), dal sistema seguìto dal Codice vigente, sembra necessaria anche in riguardo all'ordinamento delle suddette disposizioni, essendo più naturale che alla determinazione dei diritti derivanti dalle obbligazioni accessorie, preceda quella dei diritti che competono ai creditori diretti del fallito... ". E ragionando sulle varie condizioni che le diverse disposizioni della legge commerciale nelle sue varie cifre facevano pel Codice del 1865, ai creditori variamente garantiti sui beni del fallito, e sulle varie contraddizioni che rilevavansi dal confronto delle disposizioni riguardanti simili creditori, aggiungeva la Commissione (2): " Ed infatti, se il diritto d'intervenire deve regolarsi a misura dell'interesse, sarebbe ingiusto lo escludere affatto quei creditori dalle deliberazioni che riguardano la gestione del patrimonio non vincolato al privilegio o all'ipoteca sul quale essi hanno cionondimeno un interesse reale, avendo diritto di percepire sul medesimo le loro quote. Ma allora potrebbe chiedersi, quale sia il criterio su cui si fonda una sì grave distinzione fra i diritti di colui che è garantito da un pegno, forse insufficiente a coprire il suo credito, e colui che, per esso tiene invece un privilegio sopra un immobile, od un'ipoteca. Questa distinzione non può avere alcun legale fondamento ed il sistema da adottarsi dev'essere uniforme, tanto se la garantìa del creditore sia fondata sopra un immobile, quanto se consista in un pegno mobiliare, ciocchè risulta anche dalla disposizione del citato art. 554 (Codice 1865), nella quale è comune ai creditori con pegno l'ipotesi ch'essi possano esercitare il loro diritto sul ricavato dei beni non vincolati al pegno, ed anche dell'articolo 663 (Codice 1865), che parifica il creditore con pegno ai creditori chirografari nel caso di insufficienza del pegno.

" Fra i due sistemi opposti, l'uno dei quali tenendo separata la massa chirografaria dai beni vincolati a pegno, a privilegio o ad ipoteca, restringe a questi soli il diritto dei creditori, garantiti in guisa che il ricavato dei beni non vincolati e il sopravvanzo degli altri spetti esclusivamente ai creditori chirografari l'altro sistema per cui, salvi i diritti speciali, competenti sopra beni determinati ai creditori garantiti, essi concorrano coi chirografari su tutto ciò che rimane; la scelta non può essere dubbia. Tutti i beni del debitore, costituiscono infatti la garanzia di tutti i suoi creditori, ed i titoli speciali di preferenza, che l'uno di essi può avere in confronto degli altri, non possono essere per lui un motivo di esclusione dall'esercizio

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 830.

dei diritti che ha comuni con essi. A questo principio devono informarsi tutte le disposizioni che vi hanno rapporto, e perciò, in riserva d'introdurre le occorrenti modificazioni, mano mano che l'ordine della materia porgerà occasione ad una più speciale disamina dei vari articoli sopra citati . .

. . . . . .

si delibera, che, a toglimento d'ogni dubbio, tutte le disposizioni relative alle *varie specie di creditori* siano precedute dalla dichiarazione generale che tutti i creditori del fallito prendono parte ugualmente alle deliberazioni del fallimento, salve le disposizioni speciali che riguardano la partecipazione dei creditori aventi ipoteca, pegno od altro privilegio nella ripartizione dell'attivo ed il loro intervento nel concordato „. Così l'articolo 771, diventa per la espressa dichiarazione del legislatore, come il prologo, la prefazione alle disposizioni che si verranno in seguito emanando sui creditori, riguardo al loro carattere ed alla natura e qualità particolare del loro credito. Negli articoli, cioè, che tratteranno i diritti e gli obblighi nel fallimento dei creditori pignoratizi, o ipotecari o altrimenti privilegiati (qui nell'articolo 771), il principio generale che si estende a tutti i creditori ed a tutte le loro particolari categorie, si è che tutti possano partecipare ugualmente alle operazioni deliberative del fallimento, salva, poi, per ogni singolo caso riguardo a ciascuno dei creditori investiti di un carattere particolare in virtù del loro credito, la efficacia particolare che il legislatore stabilì per la loro partecipazione alle deliberazioni del fallimento.

Non crediamo di dover avvertire quale debba ritenersi il significato della voce *deliberazioni* usata dal legislatore; a quali atti delle adunanze dei creditori debba adattarsi la denominazione di *deliberazioni:* solo s'avverta che l'esito della deliberazione non cambia la natura dell'atto che si merita un tale appellativo: e qualora su un determinato provvedimento si richieda che l'adunanza dei creditori a tal uopo convocati deliberi, la deliberazione si ha tanto se l'*oggetto* su cui si è richiesto il voto della massa dei creditori venne approvato, quanto se fu respinto; cioè, sia nel caso di deliberazione che adatti il provvedimento, come nel caso in cui la deliberazione lo respinga.

296. *Eccezioni riguardo ai creditori pignoratizi, ipotecari o altrimenti privilegiati, per la ripartizione dell'attivo.* — Codesto articolo 771, prefazione alle quattro sezioni del titolo III, libro III del Codice di commercio che trattano delle varie specie di creditori, stabilisce che, genericamente uguali a tutti gli altri, quei creditori che si trovino in una condizione privilegiata di fronte a tutti gli altri, non devono credersi sottratti, per la disposizione dell'art. 771, a nessuno di quegli obblighi o di quelle restrizioni nell'esercizio dei loro diritti, che il legislatore ha in certe particolari contingenze determinato. Così, fermo rimanendo il loro diritto di partecipare alle deliberazioni del fallimento, a questi creditori il legislatore ha imposto alcune particolari modificazioni nell'esercizio di tale diritto. Condizione affatto necessaria anzi indispensabile è, che le garantie che un creditore può vantare in base al suo credito devono essere valide; non annullabili, cioè, o nulle: sicchè nel punto in cui diventa attuabile il disposto dell'articolo 771 si può ritenere diggià definita la posizione dei vari creditori e la intensità del loro credito. Che tale sia la importanza dell'articolo 771, non può esservi dubbio; dacchè, nel rammentare le eccezioni che ai creditori variamente garantiti vengono opposte per ciò che riguarda la partecipazione loro alla ripartizione dell'attivo, il legislatore implicitamente ha ammesso che una partecipazione vi sia; e questa partecipazione dipende, non dalla qualità di creditori garantiti, ma dalla semplice qualità di creditori. Un cenno di limitazione nell'esercizio dei diritti inerenti alla

qualità di creditore di un fallimento, lo vedemmo esaminando l'articolo 767 che appunto ammette provvisoriamente alle deliberazioni del fallimento, come creditore chirografario, il creditore cui si contesti soltanto il privilegio o l'ipoteca. E vedemmo nel commento di quell'articolo che la qualità di creditore chirografario, ossia ordinario, non subiva alcuna modificazione; e che il creditore garantito potendo per essa partecipare a tutte le operazioni della procedura di fallimento, ma senza arrogarsi una maggior ingerenza od un'influenza più estesa come naturale derivazione della sua qualità di creditore privilegiato. Questo è un esempio che abbiamo rammemorato perchè precede cronologicamente il disposto dell'articolo 771; degli altri casi che hanno le loro radici in codesto articolo e che riguardano la partecipazione dei creditori privilegiati, pignoratizi o ipotecari alle ripartizioni dell'attivo, parleremo man mano che il commento ci porterà nel campo riserbato a quella materia.

391. *Le stesse eccezioni riguardo all'intervento nel concordato.* — Oltre le limitazioni che l'articolo 771 prevede nella partecipazione alla ripartizione dell'attivo, si riferisce anche a quelle modalità che la legge impone ai creditori garantiti, per il loro intervento nel concordato. Ci è occorso di parlare incidentalmente della condizione che trattando del concordato il legislatore faceva ai creditori garantiti; e vedemmo che le disposizioni che trattano quella materia, stabilivano, nell'intento di parificare tutti i creditori rendendoli tutti chirografari, che i creditori garantiti dovessero rinunciare ai loro diritti di garantia per partecipare alla deliberazione del concordato. Osserviamo che, mentre l'articolo 771 parla di creditori garantiti con pegno, ipoteca od altro privilegio, e l'articolo 833, primo alinea e prima parte ripete tale precisa enumerazione; poi, nella sua ultima parte codesto articolo 833, conclude mettendo una condizione ai creditori garantiti con pegno, ipoteca od altro privilegio, con queste parole: " ..... se i creditori non rinuncino all'ipoteca od al privilegio ". Ora, come si deve interpretare la disposizione che deriva dal coordinamento dell'articolo 771 con il primo comma dell'articolo 833? Una lacuna che il legislatore — perchè deve ritenersi una lacuna e non una disposizione in quella forma a bella posta sancita — ha già lasciato nelle norme particolari riguardanti l'esercizio dei diritti nella procedura del fallimento da parte dei creditori garantiti, è quello che rilevammo esaminando l'articolo 767: ivi si parla solo di creditore garantito con ipoteca e privilegio; e vedemmo allora che il Renouard nella identica disposizione della legge commerciale francese, non dubitava di scorgere la necessità di una interpretazione restrittiva, concludendo che il legislatore, avendo parlato della qualità dei creditori privilegiati ed ipotecari, escludeva implicitamente i creditori pignoratizi. Qui non è il caso di richiamare ciò che si disse del commento di quell'articolo; però, seguendo il concetto del Renouard, del quale non può non riconoscersi l'importanza e la stretta relazione coll'aforisma *jus singulare non extenditur ad consequentias*, anche nel raffronto delle disposizioni degli articoli 771 e 833 converrebbe venire a quella stessa conseguenza che limita ai creditori, i cui crediti garantiti sono nominati nella lettera della legge, le disposizioni restrittive risguardanti l'esercizio dei loro diritti. Sicchè, se nella conclusione, nella parte dispositiva del primo comma dell'articolo 833, il legislatore non ha nominati i creditori pignoratizi, non ostante di loro abbia parlato espressamente l'articolo 771 e l'articolo 833 primo comma, sua prima parte, devesi ritenere abbia voluto escludere quella categoria di creditori dalle disposizioni che infirmano i diritti di altri creditori di qualità affine. Notisi poi che si presenta lo stesso caso, e più preciso nel

suo contorno, per quanto riguarda la partecipazione di tali creditori alle ripartizioni dell'attivo. Perchè, mentre l'articolo 771 colpisce ugualmente i creditori pignoratizi che i creditori ipotecari o garantiti con qualsiasi privilegio, l'articolo 809 che, sotto il titolo della ripartizione tra i creditori e della chiusura del fallimento, parla dei diritti dei creditori garantiti di fronte alle ripartizioni, non menziona che i creditori con pegno od altro privilegio, escludendo quindi, per la massima *ubi voluit dixit ubi noluit tacuit*, i creditori ipotecari. Qui non si tratta, è vero, di un *jus* restrittivo che danneggi i creditori che vengono fatti segno d'un trattamento particolare; epperò estendendo il *jus* singolare alle conseguenze utili ai creditori, pei quali è sancito, si potrebbero comprendervi anche i creditori ipotecari; ma tuttavia, interpretando la lettera dell'articolo 809 e rigidamente la massima della inestensibilità d'un diritto singolare, non si può venire ad altra conclusione che a quella, già accennata, del Renouard; cioè, intendere esclusi dalle disposizioni di legge restrittive i creditori garantiti ogni volta che in esse non siano accennate col preciso *nomen juris* del loro credito o della loro garantia.

Ciò diciamo, senza pregiudizio della interpretazione e commento della sezione che riguarda i creditori con pegno od altro privilegio sui mobili, e della sezione che tratta dei creditori privilegiati od ipotecari sugli immobili; come pure avvertiamo che l'articolo 809 ha più legame trattandovisi di mobili (somme di danaro appartenenti al fallito), colla sezione che specifica appunto i diritti dei creditori pignoratizi o altrimenti privilegiati sui mobili, che non con la sezione che parla dei diritti dei creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili; abbiamo voluto solamente rilevare le incongruenze ed i nèi, certo non necessari e non graziosi, che il legislatore non ebbe cura di togliere con una miglior organizzazione di quelle parti della legge commerciale che risultano tra loro collegate.

SEZIONE I.

DEI CREDITORI CON PEGNO OD ALTRO PRIVILEGIO SUI BENI MOBILI

Art. 772.

Il curatore può in ogni tempo, coll'autorizzazione del giudice delegato, riscattare a profitto del fallimento, la cosa data a pegno, pagando il creditore.

Può anche far ordinare dal giudice delegato la vendita del pegno ai pubblici incanti, nè il creditore può opporsi, fuorchè rinunciando al diritto di ottenere il pagamento del suo credito sui beni non vincolati al pegno.

Se il pegno è venduto ad un prezzo maggiore del credito, il resto appartiene all'attivo del fallimento.

Sommario.

298. *Facoltà del curatore per l'articolo 772. — Autorizzazione del giudice delegato.*
299. *Riscatto del pegno e pagamento del creditore pignoratizio. — Momento dell'operazione.*

300. *Vendita dell'oggetto oppignorato ai pubblici incanti. — Diritto d'opposizione da parte del creditore. — Condizione per l'esercizio di tale diritto.*
301. *Pagamento del creditore pignoratizio col prezzo ricavato dalla vendita del pegno. — Residuo del prezzo acquistato all'attivo del fallimento.* — Quid juris *nel caso d'insufficienza del prezzo per pagare il creditore pignoratizio.*

298. *Facoltà del curatore per l'art. 772. — Autorizzazione del giudice delegato.* — L'articolo 772 dell'attuale Codice di commercio è la ripetizione unificata degli articoli 662 e 663 dell'abolito Codice; e, mentre con l'aggiunta degli articoli 664 e 666, quel Codice regolava per intero la materia del pegno nel fallimento, il legislatore del 1882, riducendolo tutto sotto l'unico articolo 772 ne fece un centone, una stroncatura, che dà luogo ad infinite controversie e rende necessario il cercare qua e là pel Codice, nelle sezioni e capi, proprî ad altra materia, un criterio qualsiasi che aiuti ad uscir fuori del pelago alla riva di una soluzione soddisfacente delle varie controversie. E la Commissione del 1869 proponendo una modificazione alla materia del pegno nel fallimento come era regolata nel Codice del 1865, modificazione che fu concretata nell'attuale articolo 772, scriveva (1): " Le esigenze della parità di trattamento dovuta a creditori che si trovano in condizioni sì analoghe, richiederebbero .....„; in tal caso, avuto anche riguardo al diritto concesso ai creditori pignoratizii dall'articolo 663 (2) (Codice abolito), di intervenire alle distribuzioni dei beni non vincolati per la parte del credito, non coperta dal prezzo del pegno, la condizione della massa chirografaria potrebb' essere pregiudicata, se fosse in facoltà di quel creditore di soprassedere alla vendita del pegno fino al completo pagamento, concorrendo frattanto alle distribuzioni del ricavato dagli altri beni. La giustizia richiede che, salvo il diritto del creditore di attenersi al pegno, anche la massa dei chirografarî abbia facoltà di metter fine alle incertezze, facendo determinare alla vendita del pegno l'entità dell'interesse del creditore pignoratizio sui beni comuni, e perciò, la disposizione dell'articolo 662 dev'essere riprodotta con l'aggiunta che il curatore può anche ordinare al giudice delegato la vendita del pegno ai pubblici incanti, nè il creditore può opporsi, fuorchè rinunciando al diritto di prelevare l'antecipato pagamento del suo credito sul resto dell'attivo.

" Anche la disposizione dell'articolo 663 deve essere riprodotta, in quanto dispone, che, qualora, della vendita del pegno, si abbia un ricavato maggiore del credito, l'eccedenza dev'essere ritirata dal curatore. Essa però deve essere estesa anche al caso in cui la vendita sia avvenuta altrimenti che ad istanza del creditore. Siccome poi, qualora il ricavato della vendita sia minore del credito, il diritto di concorrere sul resto dell'attivo, pel pagamento di ciò che rimane dovuto, vuol essere comune al creditore pignoratizio, ed agli altri creditori aventi privilegio sui mobili, la disposizione del secondo inciso del detto articolo deve essere collocata più innanzi „. Così il legislatore del 1882 giustifica la mutilazione della legge commerciale del 1865, perpetrata e precisata nell'articolo in esame. Non crediamo, però, che valgano le giustificazioni addotte dalla Commissione per scusare la

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 831.

(2) Codice di commercio del 1865:

Art. 662. I sindaci possono in ogni tempo, colla autorizzazione del giudice delegato, ritirare il pegno a profitto del fallimento, pagando il creditore.

Art. 663. Se il pegno sull'istanza del creditore è venduto ad un prezzo maggiore del suo credito, l'eccedenza è ritirata dai sindaci; se il prezzo è minore del credito, il creditore è ammesso per l'eccedenza alla contribuzione come creditore senza garantìa.

modificazione apportata specialmente all'articolo 663. Ad ogni modo essendo inutili le recriminazioni ed i tardi rimpianti, facciamoci al commento dell'articolo 772 qual' egli si trova.

Sappiamo che obbligo del curatore, del cui adempimento risponde disciplinarmente non meno che civilmente e penalmente a seconda dei casi, è la solerte, diligente e *paterna* amministrazione del patrimonio del fallimento. E sebbene questo dovere non sia specificatamente sancito in niuno articolo della legge sul fallimento, come invece lo è nella legge austriaca del 1869 tuttavia l'adempimento di tale obbligo non è pel curatore meno preciso, tanto più che reggono anche a suo riguardo le norme che il Codice civile sancisce pel mandatario nella maturazione del suo mandato. Nell'articolo 772 però, non si tratta più di un dovere imposto al curatore; bensì di una facoltà per la quale non si può concepire una obbligatorietà assoluta d'esercizio. Il curatore nell'adempiere al suo mandato amministrativo, ha codesta facoltà fattagli evidentemente nell'intento di avvantaggiare la massa del fallimento; fattagli, quindi, con quello stesso criterio che ha guidato il legislatore a sancire negli articoli 736 a 739, 748 a 751, 753 a 755, quelle facoltà e quegli obblighi che vengono designati al curatore perchè meglio siano curati gli interessi della massa dei creditori. Nè il legislatore, modificando le disposizioni dell'articolo 662 e quelle dell'articolo 663 dell'abolito Codice di commercio, intese cambiare carattere ad esse, attribuendo loro qualità e forma obbligatoria di un dovere per rendere più efficace la disposizione dell'articolo 772, sia per riguardo al curatore che doveva servirsene, che riguardo agli interessi patrimoniali del fallimento cui era diretta a giovare. Però crediamo che nello spirito del legislatore debbasi cogliere ciò che nella lettera dell'articolo 772 non è possibile intravvedere. Ossia che il curatore sia sempre tenuto a farsi autorizzare dal giudice delegato al riscatto della cosa data in pegno, pagando il creditore che lo tiene, ogni volta che questo affare si presenti come profittevole alla massa dei creditori, sicchè il curatore trova che la facoltà che gli è concessa dall'articolo 772, non riveste il carattere alternativo inerente all'esercizio dei diritti e delle facoltà; il carattere, cioè, che appare usando la facoltà stessa anche negativamente o col non uso; ma sibbene ha un proprio e vero carattere obbligatorio, del cui inadempimento è sanzione l'effetto delle azioni di responsabilità civile che i creditori possono intentare, sia *uti singuli* che *uti universi*, contro il curatore che per negligenza peggiorò le condizioni della massa. Ed è tanto vero questo, che nel medesimo articolo per rendere effettivo l'uso positivo della facoltà concessa al curatore di fronte alle eventuali opposizioni del creditore pignoratizio, il legislatore ha stabilito che questo creditore non possa obbligarsi alla vendita dell'oggetto del pegno se non rinunciando al diritto di ottenere il pagamento del suo credito sui beni non vincolati al pegno. Sembra a noi che da ciò appaia il carattere vero della disposizione del primo alinea dell'articolo in esame; carattere che rende obbligatorio pel curatore il riscatto o la vendita del pegno ogni qualvolta egli possa aver elementi sufficienti, o crederli tali, per considerare il riscatto o la vendita del pegno come profittevole alla massa dei creditori. Una diversa interpretazione di questo alinea dell'articolo 772, alinea che influisce direttamente su tutto l'articolo in esame, non regge e conduce ad una minorazione dell'importanza e dell'opportunità dello stesso articolo.

Ma all'esercizio della facoltà, che il legislatore credette di concedere al curatore del fallimento, è imposto un freno, una particolare modalità che agisce al di fuori e malgrado del curatore; è, cioè, necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, di quegli che dirige l'amministrazione del fal-

limento (art. 713), perchè si possano dal curatore fare gli atti di cui parla l'articolo 772. Ed è qui pure necessaria una avvertenza. Il giudice delegato che è chiamato dal legislatore ad ingerirsi nella materia regolata dall'articolo 772, interviene con un potere amplissimo, come quello che non è, di solito, soggetto ad alcun controllo od a qualsiasi opposizione, richiamo od appello; interviene qui per rendere effettiva la determinazione del curatore, la quale con tutte le buone ragioni che il curatore potrebbe avere per passare al provvedimento dell'articolo in esame, rimarrebbe, potenziale, inattuabile, ed inattuata se non sia ottenuta la favorevole autorizzazione del giudice delegato.

Però, per quanto l'autorizzazione del giudice delegato sia resa indispensabile, per ciò che è disposto nell'articolo 772, perchè il curatore possa far vendere l'oggetto del pegno o riscattarlo dal creditore che lo ha, non devesi credere che il giudice delegato sia pienamente libero nell'accordare l'autorizzazione o nel non accordarla. Il giudice delegato è bensì irresponsabile de'suoi atti, perchè nessun'azione può essere promossa contro di lui, allo scopo di ottenere un risarcimento pei danni arrecati con un atto sul quale si diede o non l'autorizzazione che da lui si richiedeva; ma, siccome l'autorizzazione stessa è posta dal legislatore nel caso del primo comma dell'articolo 772 in secondo ordine, convien ritenere che il giudice delegato di fronte alla domanda del curatore del fallimento, debba senz'altro accordare l'autorizzazione. Anche qui devesi, però, tener ben fermo che il giudice delegato ha ottenuto dal legislatore quell'applicazione del suo dovere di direzione, che è accennata nell'articolo 772, perchè controlli e sorvegli l'operato del curatore allo scopo di evitare tanto i danni della di lui malafede, quanto quelli della di lui imperizia. Quindi ne risulta che il giudice delegato non deve entrare nel merito dell'atto per cui il curatore domanda l'autorizzazione; non deve cioè, e questo a parer nostro, esaminare il lato amministrativo economico del riscatto o della vendita, ma deve soltanto vedere se l'autorizzazione, dato il tempo in cui il curatore ne fa domanda; data la condizione speciale del fallimento; dato il carattere del credito pignoratizio; data la qualità dell'oggetto in pegno; dato lo stato della massa patrimoniale; può senza danno della procedura del fallimento e dell'organismo amministrativo venire concessa. Concorrendo le condizioni favorevoli che si desumono dalla coincidenza degli elementi sopra accennati, si può concludere che il giudice delegato non può non concedere l'autorizzazione.

Però, quanto all'articolo 772, bisogna fare una distinzione. Il primo alinea di esso parla dell'*autorizzazione* del giudice delegato; mentre il secondo alinea che il curatore può *far ordinare dal giudice delegato* la vendita del pegno ai pubblici incanti. La differenza che intercede tra le due locuzioni usate dal legislatore è più importante di quello che sembri a prima vista. Perchè la determinazione della volontà del curatore nel suo manifestarsi è nell'un caso sottoposta alla volontà del giudice delegato, la quale si manifesta con la concessione dell'autorizzazione; mentre nell'altro caso, in quello del secondo comma dell'articolo in esame, è la volontà del curatore che influisce e trascina la volontà del giudice delegato. Vero è bene, che neppure per la precisione della formola usata dal legislatore nel secondo comma dell'articolo 772, la volontà del giudice delegato viene eliminata od assorbita dalla volontà del curatore; perchè non si può nè si deve intendere che il rappresentante dell'autorità giudiziaria nel fallimento rimanga in una condizione subordinata di fronte ai rappresentanti della meccanica amministrativa del fallimento. Però, il valore grammaticale di questa frase incriminata è precisamente quello che necessita per suscitare il dubbio che il giudice delegato debba sempre, senza controllo

nè previo qualsiasi esame della cosa, far luogo senz'altro all'ordinanza di asta pubblica per quell' oggetto che costituisce il pegno.

???. *Riscatto del pegno e pagamento del creditore pignoratizio. — Momento dell'operazione.* — Non crediamo che sia utile, in questa parte del commento al Codice di commercio, una illustrazione delle qualità e specie del pegno in materia di commercio, e neppure dei diritti del creditore pignoratizio secondo il diritto civile. Ciò che converrebbe dirne, per deliberare superficialissimamente la materia, ci trarrebbe per le lunghe e ci svierebbe dal nostro scopo. Però non troviamo lodevole il sistema seguìto dal Vidari e dal Calamandrei in Italia, e dal Bédarride, fra gli altri, in Francia, di gettare nel commento del Codice di commercio, dove si parla delle condizioni fatte nel fallimento al creditore garantito con pegno ed all'oggetto del pegno, degli accenni vaghi e d'indole generale i quali non servono ad illuminare chi voglia, non avendolo, farsi un concetto sicuro e valido della natura giuridica del pegno e della sua importanza nel diritto commerciale; mentre sono un impaccio ed un perditempo inutile, quando pure non dannoso, per coloro, e si suppone che tutti debbano comprendere, che non vogliono apprendere cosa sia il pegno, leggendo un commento del Codice commerciale là dove si parla del creditore con pegno od altro privilegio sui mobili del fallimento. Noi, ciò premesso, seguiamo il criterio usato dal legislatore, ed entriamo senz'altro nella trattazione di questo numero, secondo il titolo che vi abbiamo annesso. E prima di entrare in materia ne sia permessa una disgressione che riteniamo opportunissima.

Il legislatore all'articolo 774 stabilisce che il curatore deve presentare al giudice delegato l'elenco dei creditori che pretendono di aver diritto di pegno od altro privilegio sopra i mobili. Le contestazioni, dice il legislatore, che possono nascere sull'esistenza del privilegio, sono decise secondo le disposizioni dell'articolo 763 e seguenti. Il solo riferire questa disposizione dell'articolo 774, sembra a chi scrive, debba far palese agli occhi del lettore, il senso preciso della inopportunità, della disgraziata collocazione di quel disposto, che non solo viene incastrato a forza in una sezione nella quale non ha nessun altro addentellato all'infuori della cifra numerica, ma dippiù viene incastrato qui, dopo gli articoli che trattano della condizione dei creditori pignoratizi o privilegiati sui mobili, mentre, non calcolando le altre ragioni di ripugnanza per la diversità della materia, almeno dovrebbe precedere l'articolo 772. La ragione di questa preposterità, che incontrasi così nell'articolo 772 di fronte al disposto dell'articolo 774, consiste tutta in questo: che l'articolo 774 regola, nel suo primo comma, una materia identica a quella regolata dall'articolo 772, ma il modo con cui la regola importa che le disposizioni dell'articolo 774 vengano applicate prima di quelle dell'articolo 772. Ognun vede come questa infelice collocazione dei due articoli che qui poniamo in conflitto non sia fatta certo per accrescere quella gloria di divino legislatore, cui arde ceri ed incensi nella sua apologetica relazione, il guardasigilli che fu il nume dell'attuale nostra legislazione di commercio. E notisi poi, che se si scruta il verbale della Commissione del 1869, su codesto articolo 774 si scorge che quegli egregi commissarî credono che il famoso elenco di cui si parla in quell'articolo debba essere già fatto e presentato al momento della ordinaria e normale e definitiva verificazione dei crediti " affinchè, dice quel verbale, il giudice delegato possa avervi riguardo eseguendo la verificazione dei crediti „(1). Qui ci accontentiamo di far toccare

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 14 marzo 1872 - Verbale 824.

con mano al lettore, come il legislatore sia pertinace nel confusionismo che con ogni studio ha iniettato in ogni parte del libro sul fallimento; quando poi commenteremo particolarmente l'articolo 774 esacerberemo la nostra critica. Il Vidari corregge bellamente la strana confusione fatta dal legislatore riguardo alla posizione reciproca dei due articoli 772 e 774 scrivendo, senz'altro, prima di parlare del disposto dell'art. 772, che: "..... affinchè si possano conoscere con sicurezza i diritti dei creditori con pegno od altro privilegio su beni mobili, e prima ancora che siano risolute le controversie relative, è molto opportuno che il curatore (il quale solo ne ha il mezzo) faccia tenere al giudice delegato un elenco possibilmente completo di codesti creditori. Ciò che appunto vogliono le leggi; sebbene esse non dicano entro che tempo il curatore debba soddisfare a questo suo dovere „ (1). Così, finita la digressione, vediamo che il pegno di cui parla l'articolo 772 è già stato sottoposto a varie contingenze nel corso della procedura di fallimento prima di giungere fino al punto in cui il legislatore, ritornando su se stesso, dice che in *qualunque tempo* il pegno può essere riscattato a profitto del fallimento, pagando il creditore. Si è visto che l'articolo 700, decretando che la sentenza dichiarativa di fallimento tronca il decorso degli interessi di tutti i crediti, esclude da questa misura i crediti garantiti fra questi, quelli garantiti da pegno: ed il secondo alinea di quello stesso articolo stabilisce il trattamento che avranno, quanto agli interessi, i creditori garantiti. Questo secondo comma è particolarmente applicabile al riscatto ed alla vendita del pegno come sono autorizzati dall'articolo in esame, come si vedrà più avanti. Un altro accenno ai creditori con pegno ed al pegno è contenuto nell'articolo 709, che stabilisce (n° 4) che si presumono fatti in frode ai creditori, e in mancanza della prova contraria si annullino, rispetto alla massa creditori, qualora siano avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, anche i *pegni*. Più avanti, all'articolo 760, parlandosi del contenuto della dichiarazione di credito, il legislatore ha voluto che vi si indicasse se il credito era garantito con pegno o privilegio. Invece, checchè ne dica o ne deduca in contrario il Calamandrei (2), non parlò affatto di pegno nell'articolo 767, dove forse doveasene, per l'identità della materia per la quale è data la disposizione di quell'articolo, parlare. Ultimo articolo, anteriore a quello che ora esaminiamo, in cui si è parlato di pegno, è l'articolo 771 del quale vedemmo più addietro l'importanza. Delle disposizioni che seguono, relative al pegno, all'articolo 772, e che sono contenute, almeno le più esplicite e le più importanti agli articoli 774, 791, 809, 834, parleremo illustrando ognuno di quegli articoli.

Il diritto di riscattare il pegno è un diritto che la legge civile consente, con l'articolo 1888, al debitore che abbia dato il pegno, purchè però paghi capitale, interessi e spese del debito a cui garanzia fu dato il pegno. Però questo principio, che la legge commerciale ha tolto dalla legge civile ed innestato nell'articolo 772, soffre in questa sua applicazione alcune non lievi modificazioni. Cominciamo dall'avvertire che, pur non entrando in alcuna discussione riguardo alla natura giuridica del pegno, ed alla intensità di tale diritto a seconda della formola della concessione o del modo della costituzione, il pegno può essere *legale* o *convenzionale;* ed i pegni che entrano come garanzie di crediti verso un commerciante nel costui stato di fallimento, possono essere appunto dell'una o dell'altra specie: e qui, come egregiamente avverte il Vidari (3), devesi ritenere che il legislatore parli di

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 484, § 4653, I.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 346, n. 399.
(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 485, § 4654.

pegno contrattuale o *convenzionale*, perchè di pegno *legale* parlano poi i tre capi dell'articolo 773, intorno ai varî privilegi che possono competere a varie persone sui mobili del fallimento. Dunque, il pegno convenzionale di cui tratta l'articolo in esame, per essere portato al punto in cui può rendersi applicabile l'articolo 772, deve essere valido non solo civilmente o commercialmente, a seconda che alla sua validità giuridica devono concorrere le forme che la legge civile o commerciale esigono per la costituzione del pegno, ma deve anche essere stato riconosciuto valido nella verificazione dei crediti. Questa indispensabile condizione che si richiede perchè si applichi la disposizione dell'articolo 772, rende ancor più evidente la inopportunità della collocazione dell'articolo 774; perchè è troppo evidente che il pegno debba essere riconosciuto valido onde vi si possa applicare la disposizione dell'articolo in esame, perchè si debba dubitare che d'un pegno non peranco verificato si possa trattare nell'articolo 772. E il dubbio ha forti ragioni di nascere e di sussistere, dacchè il legislatore ha detto che il curatore può riscattare dal creditore pignoratizio il pegno in ogni tempo; sicchè, questa mancanza di limiti nel tempo, può far credere che il curatore dal momento in cui entra in funzione possa, fino alla chiusura del fallimento, passare a quell'operazione di cui parla l'articolo 772, primo comma. Ma sappiamo che nulla può esser fatto, riguardo ai crediti, qualunque sia la loro natura, prima che di essi siasi riconosciuta, mediante la verifica, la entità e la validità; onde è ad interpretarsi la frase usata dal legislatore per indicare il tempo in cui può passarsi all'eventuale riscatto del pegno, come relativa non al tempo che corre tra la sentenza che dichiara il fallimento e la chiusura di questo; ma relativa al tempo che corre tra la definitiva verifica, o meglio anzi tra la definitiva decisione delle controversie che sieno nate intorno ai crediti, e la chiusura del fallimento (1). Se non che sembra a noi che anche codesta limitazione dell'epoca in cui il curatore può domandare il riscatto del pegno, debba subire alcune altre recisioni; ad es.: quando essendosi diggià fatto luogo ad alcune ripartizioni di attivo, secondo le norme dell'articolo 899, al creditore garantito con pegno sia stata pagata una parte del credito potrà ancora il curatore riscattare il pegno? Indubbiamente a ciò non s'oppone alcuna norma della legge commerciale ed a ciò lo autorizza l'art. 772. Ma convien avvertire che allora verrebbe a mancare lo scopo per cui fu sancito il principio di codesto articolo, giacchè, incominciati i pagamenti e forse anco pagata, a seconda dell'articolo 809, una buona parte del loro credito ai creditori pignoratizi, il pegno dovrà venir tosto restituito, appena con un'ulteriore ripartizione d'attivo il creditore che lo tiene venga soddisfatto. Ed in questo momento della procedura di fallimento ben poco profitto può portare alla massa dei creditori chirografari il riscatto dell'oggetto pignorato, quando già nessun danno sentivasi dalla giacenza di quell'oggetto presso il curatore investito del diritto di tenerlo. Tuttavia non insistiamo su questa interpretazione; riconoscendo noi stessi prima d'ogni altro, che in qualunque tempo può presentarsi profittevole alla massa del fallimento il riscatto dell'oggetto oppignorato. Resta evidente che dal momento in cui il creditore pignoratizio pel riscatto del pegno viene soddisfatto del suo credito, perde ogni diritto tanto sull'oggetto del pegno quanto verso il fallimento; e se oltre il credito del pegno egli abbia crediti chirografari, parteciperà alle operazioni del fallimento ma solo più come creditore ordinario ed in questa condizione concorrerà cogli altri creditori a parità di

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 486, § 4656 *ter* a. — Contro RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 245 e seguenti.

trattamento. Parimenti il pegno, per quanto il valore dell'oggetto superi l'ammontare del credito, non potrà dal creditore essere fatto servire a garantia di qualche altro suo credito verso il fallito, quando per quel credito non si stipulò il contratto di pegno, questo restando limitato al solo credito in cui favore fu stipulata simile garantia: nè il creditore può pretendere come riscatto più di ciò che abbia diritto secondo l'articolo 1888 del Codice civile, come nessuna opposizione può fare al riscatto, vantando clausole speciali a di lui favore nel contratto di pegno, essendo queste nulle e però come non avvenute.

300. *Vendita dell'oggetto oppignorato ai pubblici incanti. — Diritto d'opposizione da parte del creditore. — Condizione per l'esercizio di tale diritto.* — Può darsi che, pur essendo profittevole al fallimento di togliere di mezzo le ragioni dei creditori garantiti con pegno, tuttavia, non sia possibile riscattare, a tale scopo, il pegno per mancanza del capitale necessario o per altra ragione. In questo caso il secondo comma dell'articolo 772 concede al curatore la facoltà di far ordinare dal giudice delegato la vendita del pegno al pubblico incanto. Avvertiamo subito che questa disposizione non si conteneva nel Codice abolito; come nell'articolo 772 non è detto che il creditore possa far luogo egli stesso alla domanda di vendere il pegno. Ma, a differenza della condizione in cui, di fronte a questa vendita, si trova il curatore (o i sindaci pel Codice antico), il creditore pignoratizio è investito del diritto di farsi autorizzare a vendere il pegno dagli articoli 1884 del Codice civile e 458 del Codice di commercio, secondo le regole ordinarie di procedura, e senza che a ciò possano opporsi le disposizioni degli articoli 700 e 701 del Codice di commercio (1). In questo caso il creditore non ha però diritto di ritenere del prezzo ricavato dalla vendita più di quanto a lui spetti per l'integrale pagamento del suo credito; ed ugualmente, quando ottenga l'aggiudicazione dell'oggetto oppignorato in pagamento del credito, non può aver luogo che l'aggiudicazione fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti (Codice civile art. 1884). Salvi questi diritti positivi del creditore pignoratizio, l'articolo 772 comma secondo, pone una condizione all'opposizione del creditore fatta alla vendita dell'oggetto pignorato, la quale merita d'essere esaminata. Dice questo comma che il creditore non può opporsi alla vendita, salvo che rinunciando al diritto di ottenere il pagamento del suo credito sui beni non vincolati da pegno. Disposizione simile non eravi nella legge commerciale del 1865, la quale, come avvertimmo, dava esplicitamente al creditore pignoratizio il diritto di far vendere il pegno, diritto che non fu tolto dal silenzio in proposito della legge vigente. Nell'esame della disposizione del secondo alinea art. 772, si incontrano due principî opposti: cioè, il diritto nella massa dei creditori, rappresentata dal curatore, di far vendere l'oggetto del pegno; il diritto del creditore pignoratizio di opporsi alla vendita: però, a differenza del diritto della massa dei creditori, al cui esercizio nessuna condizione ha imposto il legislatore, il diritto del creditore è sottoposto ad una clausola che tronca affatto, se non la possibilità dell'esercizio, almeno la convenienza e l'opportunità di tentarlo. Diffatti il curatore domandi e il giudice delegato ordini la vendita dell'oggetto del pegno; si noti che per l'articolo 910 questa ordinanza del giudice delegato non è soggetta a richiamo; il creditore pignoratario ha diritto, dice l'articolo 772, di far opposizione a quella vendita; ma a qual prezzo! Perchè la sua opposizione sia accolta conviene che egli rinunci al diritto d'essere pagato per

(1) Cfr. PAGANI, op. e fasc. citati, p. 109, n. 77.

il residuo del suo credito sugli altri beni del fallimento non vincolati da pegno: bisogna, cioè, ch'egli abdichi al suo diritto d'essere iscritto come creditore chirografario con gli altri simili creditori per quella quota del suo credito che il pegno non riuscì a coprire. Si vede che la condizione posta dal legislatore al creditore pignoratizio crea per costui un diritto tutt'affatto illusorio e che manca di qualsiasi esercizio, risolvendosi in un danno per il creditore. Giacchè la legge qui è troppo chiara, e se non lo fosse a sufficienza, verrebbe illuminata dal disposto del terzo comma, stesso articolo, e dai principî generali che regolano il pegno in materia civile e commerciale (Cod. civile art. 1884 e 1888; Codice commerciale art. 458 e 459). Onde è che con l'opposizione alla vendita il creditore corre l'alea di non venir pagato integralmente del suo credito, mentre dovrebbe restituire tutta quella parte del prezzo ricavato che superasse l'ammontare del suo credito. La legge dice solamente che il creditore può opporsi; non dice quale debba essere l'esito dell'opposizione perchè si renda applicabile la clausola che caratterizza l'esercizio di questo diritto del creditore; nè dice di quale specie sia l'opposizione.

Evidentemente, il principio da cui è partito il legislatore nel sancire il disposto del secondo alinea dell'articolo in esame è quello che balza fuori dagli articoli 1884, secondo comma, Codice civile, e 459 Codice commerciale: che, cioè, sono nulli tutti quei fatti ed atti che tendono ad assicurare la proprietà del pegno al creditore al quale fu dato. Ma al creditore pignoratizio tanto la legge civile che la legge commerciale dànno diritto di domandare egli stesso la vendita del pegno o l'aggiudicazione per quel valore che sarà peritato. Ora, se il creditore pignoratizio, del cui pegno il giudice delegato ha ordinata la vendita ai pubblici incanti, chiede l'aggiudicazione *ad valorem* del pegno stesso, si dovrà dire che egli solleva opposizione alla vendita e che quindi, perciò, deve subire l'effetto della condizione dell'articolo 772 secondo comma? Non può esservi dubbio che lo scopo della vendita che fu chiesta dal curatore, venga frustrato, almeno potenzialmente, dalla domanda del creditore; perchè, o avviene la vendita non ostante la domanda del creditore, e costui perde l'aggiudicazione; o costui ottiene l'aggiudicazione e allora la vendita non può più aver luogo, e l'opposizione che mediante la domanda d'aggiudicazione fu sollevata dal creditore pignoratizio, ottiene quell'effetto che il legislatore intese evitare con la sanzione dell'articolo e comma in esame. Il Vidari (1) stesso riconosce che i diritti del creditore pignoratizio non ostante la disposizione criticata rimangono salvi; ma che ei fa l'opposizione a cui allude il citato articolo perde ogni diritto a " ... pretendere da chicchessia il pagamento del residuo, e, molto meno, dalla massa chirografaria ". Quindi siamo in questo bivio; o si ritiene opposizione allo scopo del secondo alinea articolo 772, la domanda d'aggiudicazione che il creditore pignoratizio avanzi od opponga alla domanda di vendita del pegno che fu proposta dal curatore, ed allora si lederà il principio degli articoli del Codice civile e del Codice commerciale, più sopra citati, e il disposto dell'art. 775, applicando invece quello del comma in esame; o si rinuncia all'applicazione di questo comma, ed allora non si può ritenere opposizione alla vendita del pegno la domanda d'aggiudicazione di esso proposta dal creditore pignoratizio. Non può esser dubbio che tale debba ritenersi il risultato del raffronto tra i due principî così invocati: tanto più che dall'interpretazione dello spirito dell'articolo 1884 del Codice civile con lo spirito dell'articolo in esame del Codice di commercio, risulta evidente che

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 487-88, § 4657 *b*).

lo scopo che si è in essi e con essi prefisso il legislatore è la tutela dei diritti del creditore pignoratizio non meno di quelli del debitore e dei creditori chirografari; tutela che con l'articolo 772 del Codice di commercio si cercò d'ottenere prima mediante il riscatto in qualunque tempo del pegno, poi con la vendita del pegno stesso, allo scopo di pagare il creditore che lo tiene per togliere la massa dei creditori chirografari... alle incertezze, facendo determinare con la vendita della cosa data in pegno l'entità dell'interesse del creditore pignoratizio sui beni comuni (1). Per il che, siccome negli scopi l'aggiudicazione e la vendita del pegno si corrispondono, è forza ritenere completamente ottenuto ciò che voleva il legislatore con la disposizione dell'articolo in esame quando il creditore pignoratizio, contro la vendita dell'oggetto, ne domandi l'aggiudicazione, e rimangono salvi i suoi diritti come creditore chirografario per la parte del suo credito che supera il valore dell'oggetto del pegno.

Quanto al momento in cui debba ritenersi fatta l'opposizione, essa non è d'uopo avvertire, dovrà esser sollevata con le norme ordinarie della procedura, perchè si possa applicare la clausola dell'articolo in esame; e, quanto all'esito della stessa opposizione perchè debbasi ritenere che essa possa equamente produrre l'effetto delineato dal legislatore, si avverta: 1° che la domanda di vendita debbe essere stata fatta; perchè nessuna opposizione può concepirsi contro una cosa non concreta o che non entri nell'ordine dei fatti; 2° che la domanda di vendita sia stata accolta dal giudice delegato e che la vendita, pur essendo stata ordinata, non sia per anco avvenuta; perchè quando l'oggetto è diggià venduto ogni opposizione manca di fondamento; 3° che la opposizione sia fatta nei modi e forme dovuti, e che sia proposta davanti alla autorità che può accoglierla (giudice delegato); 4° infine, che l'opposizione abbia esito favorevole, perchè in caso diverso si ha come non avvenuta. Insistiamo su quest'ultimo punto, perchè l'art. 772 secondo comma, può far nascere il dubbio che il semplice fatto d'aver il creditore pignoratizio sollevata opposizione alla vendita del pegno, quando la vendita ebbe luogo ugualmente, debba sottostare al disposto dell'articolo in esame. Invece, per ben comprendere come sia necessario, per l'applicazione di quel disposto, che la vendita non abbia avuto luogo in virtù della sollevata opposizione, deve il lettore intelligente seguirci nella interpretazione dello spirito di questo secondo alinea dell'art. 772.

Allora vedremo che il legislatore per escludere dal concorso, come creditore chirografario, il creditore pignoratizio che si oppone alla vendita del pegno, parte da questa considerazione: che tal creditore si ritenga completamente pagato col valore dell'oggetto del pegno, salvi i diritti della massa dei creditori ordinarii, nel caso quel valore superi l'ammontare del credito. Quando il creditore pignoratizio ottenga la sospensione della vendita, egli ha implicitamente rinunciato al diritto di ottenere il pagamento del suo credito sui beni non vincolati al pegno; e, quantunque il legislatore non dica se l'opposizione del creditore, quando sia accolta, abbia per effetto di soprassedere alla vendita, anzi sia facile dedurre la conclusione contraria dal complesso delle motivazioni su quest'art. 772, pure crediamo che, non facendosi più luogo alla vendita, debbasi invece di pien diritto ritenere avvenuta l'aggiudicazione dell'oggetto al creditore; aggiudicazione che rende necessaria, pel principio dell'articolo 1884 del Codice civile, la perizia sull'oggetto stesso, onde rilevarne il valore, e la perizia avrà per effetto di render applicabile, in favore della massa dei creditori chirografarii, il disposto dell'ultimo capo-

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 487-88, § 4659 *b*).

verso dell'articolo in esame, e di liberarla dalle incertezze relative all' entità della quota che il creditore pignoratizio potrebbe eventualmente aver diritto di percepire sui beni comuni. Di più è nostra opinione, che per analogia del principio dal legislatore sancito all'art. 770 terzo alinea, principio adottato altresì nella ordinaria procedura, in forza del quale le spese delle tardive opposizioni e dichiarazioni sono a carico di chi le promuove, come le spese del giudizio sono generalmente a carico di chi nella lite soccombe, debbansi aggravare le spese della perizia sul creditore pignoratizio che con la sua opposizione rese la perizia stessa indispensabile.

301. *Pagamento del creditore pignoratizio col prezzo ricavato dalla vendita del pegno. — Residuo del prezzo acquistato allo attivo del fallimento.* — Quid juris *nel caso di insufficienza del prezzo per pagare il creditore pignoratizio.* — Come il riscatto del pegno si ottiene sborsando al creditore pignoratizio l'ammontare intero del suo credito, e questo danaro si intende prelevato dalle somme proprie al fallimento, così, nella vendita del pegno, il creditore pignoratizio ha diritto di essere immediatamente pagato; ciò è conforme ai principii generali e fondamentali che regolano la materia del pegno. Ma a differenza di quello che avviene nel riscatto del pegno, per cui il creditore è pienamente soddisfatto del suo credito e perde ogni diritto riguardo alla massa del fallimento, nella vendita del pegno possono verificarsi tre casi che mettiamo qui sotto forma di ipotesi: 1° Il prezzo ricavato dalla vendita del pegno corrisponde perfettamente all'ammontare del credito, capitali, interessi, spese. 2° Il prezzo ricavato supera l'ammontare del credito. 3° Il prezzo ricavato è inferiore all'ammontare del credito. L'articolo 663, il che fu già avvertito, scioglieva nel Codice del 1865 i due ultimi casi; il primo, allora come adesso, si scioglie *ipso jure* coll'applicazione dei principii generali. Invece il Codice attuale scioglie con l'articolo 772, terzo alinea, la seconda ipotesi; rimanda la soluzione dell'ultima a ciò che dispone l'art. 775. Adunque, quando il prezzo della vendita del pegno corrisponda all'ammontare del credito, il prezzo ricavato dalla vendita viene senz'altro passato al creditore e costui vassi con Dio. Ma quando il prezzo stesso non corrisponda, come non ha diritto il creditore pignoratizio di tenersi il di più del pagamento, così neppure deve sottostare alla perdita di una parte del suo credito per la insufficienza del pegno. Nell'un caso la massa del fallimento acquista di pien diritto il superfluo; nel secondo caso il creditore pignoratizio viene iscritto solo come creditore chirografario in concorso con gli altri creditori sui beni comuni (1), eccettuato il caso dell'opposizione alla vendita domandata dal curatore.

Così è il sistema della attual Legge di commercio italiana riguardo ai diritti dei creditori pignoratizii di un commerciante caduto in fallimento. Si potrebbe, a solo titolo di curiosità proporre un quesito. Quando mediante il prezzo ricavato dalla vendita del pegno si possa pagare interamente il capitale ma non gli interessi, avuto anche riguardo a quanto su ciò dispone lo articolo 700 del Codice di commercio potrà il creditore pignoratizio esser compreso nei creditori chirografari e concorrere con essi per quella parte, che pur non è di capitale costituente il credito, sui beni comuni? La risposta non può essere dubbia di fronte al disposto dell'art. 1888 del Codice civile, a quello dell'art. 458 del Codice di commercio ed a quello dell'art. 700, secondo comma, dello stesso Codice; allora gli interessi, assommandosi col capitale, si capitalizzano

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 487, § 4657 *b*). Sentenza Appello Torino, 5 maggio 1889 (*Diritto comm.* [Rivista], vol. VII, colonna 775).

essi pure e diventano parte integrante di esso, in modo che quel supposto residuo è una parte di capitale del credito e non una parte d'interessi. Quando il creditore non possa venir pagato interamente, la sua condizione è analoga a quella del creditore pignoratizio o privilegiato cui si applica il disposto dell'art. 809; colla differenza però che egli per la parte del suo credito per la quale venne iscritto nella massa dei creditorichirografari non può più valersi delle disposizioni di quest'art. 809, essendosi dileguata la sua qualità di creditore pignoratizio dal momento in cui l'oggetto che costituiva la sua garanzia venne alienato. Però noi, fin d'ora, opiniamo che i diritti che il legislatore assicura ai creditori pignoratizi o privilegiati con la disposizione dell'art. 809 debbano essere così intesi; che il pagamento a preferenza d'ogni altro creditore verrà loro fatto con le somme di danaro appartenenti al fallimento, solo fino alla concorrenza del valore peritale od anche approssimativo del pegno, quando questo valore non sia sufficiente a coprire intieramente il credito: per la somma del credito che fu scoperta di pegno, i creditori pignoratizi avranno lo stesso trattamento degli altri creditori; e tale sarà pure la condizione dei creditori pignoratizii che concorreranno con un residuo di credito coi creditori chirografari a mente degli articoli 772 e 775 Codice di commercio. La vendita del pegno, come anche il riscatto di essa, quando avvengano prima della applicabilità e dell'applicazione di fatto del titolo IV, capo I e capo II, si può quasi considerare come una vendita, un'operazione di liquidazione simile a quella concessa dalla disposizione degli articoli 736 e 750.

—

Art. 773.

Le disposizioni del Codice civile intorno ai privilegi sopra i mobili si applicano anche nei giudizi di fallimento, salve le distinzioni speciali contenute nel presente Codice, colle modificazioni seguenti:

1° Il salario dovuto agli operai impiegati direttamente dal fallito durante il mese che ha preceduto la dichiarazione del fallimento è ammesso tra i crediti privilegiati nello stesso grado del privilegio stabilito nell'articolo 1958 del Codice civile per i salari dovuti alle persone di servizio. Il salario dovuto agli institori ed ai commessi per i sei mesi che hanno preceduto la dichiarazione del fallimento è ammesso allo stesso grado.

2° Il privilegio del locatore indicato nel numero 3° dell'articolo 1958 del Codice stesso non si estende alle merci uscite dai magazzini o dai luoghi di esercizio commerciale o industriale del conduttore, allorchè su di esse i terzi abbiano acquistato diritto, salvo il caso di sottrazione fraudolenta. Il privilegio ha luogo anche per il compenso dovuto al locatore secondo le disposizioni dell'articolo 703.

3° Il credito per il prezzo non pagato delle macchine d'importante valore impiegate negli esercizi d'industria manifatturiera od agri-

cola è privilegiato nel grado indicato nel numero 6° dell'articolo 1958 del Codice civile sulle macchine vendute e consegnate al fallito nei tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, ancorchè divenute immobili per destinazione. Questo privilegio non ha effetto, se il venditore non abbia, entro tre mesi dalla consegna delle macchine al compratore nel Regno, fatto trascrivere il documento, da cui risulti la vendita ed il credito, in un registro speciale e pubblico, che deve essere tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione le macchine sono collocate nei modi stabiliti con regio decreto.

Sommario.

302. *Il sistema dei privilegi qual'è organizzato nel Codice civile è conservato nel Codice di commercio.*
303. *Eccezioni e modificazioni a quel sistema portate dalla legge commerciale. — Importanza dell'articolo* 773.
304. *L'articolo* 1956 *del Codice civile, il numero* 1° *dell'articolo* 773 *del Codice di commercio e i salari lucrati dalle persone impiegate dal fallito direttamente nel mese che precede immediatamente la dichiarazione del fallimento.*
305. *Differenza tra il privilegio degli institori e dei commessi del commerciante e quello degli impiegati parificati alle persone di servizio per l'articolo* 1956 *del Codice civile. — Gli operai impiegati direttamente dal fallito e le costui persone di servizio. — Analisi del coordinamento dell'articolo* 773 *numero* 1° *del Codice di commercio e l'articolo* 1956 *del Codice civile.*
306. *Il diritto dei terzi sugli oggetti usciti dai magazzini o dai luoghi ove si esercita l'industria o il commercio del fallito, e il privilegio del locatore su tali oggetti secondo l'articolo* 1958 *numero* 3° *del Codice civile. — L'eccezione di sottrazione frodolenta. — Momento dell'uscita delle merci: vitalità del privilegio del locatore e momento della frode.*
307. *La* buona uscita *pagata al locatore dalla massa dei creditori per cessazione della locazione, secondo l'articolo* 703 *del Codice di commercio, e la nascita e vita del privilegio del locatore secondo il numero* 3° *dell'articolo* 1958 *del Codice civile.*
308. *Il privilegio sui mobili esteso agli immobili per destinazione.*
309. *Le macchine d'importante valore impiegate nella industria del fallito, godono il privilegio del numero* 6° *dell'articolo* 1958 *del Codice civile. — Epoche necessarie perchè il venditore non pagato delle macchine ottenga il privilegio pel suo credito.*
310. *Supposizione del legislatore riguardo alla qualità di straniero nel venditore di tali macchine. — Le altre condizioni per cui il venditore delle macchine può fruire del privilegio. — Trascrizione del documento che prova la vendita ed il conseguente credito nello speciale registro pubblico. — Cos'è, dov'è e come funziona ed è tenuto codesto registro.*

302. *Il sistema dei privilegi qual'è organizzato nel Codice civile è conservato nel Codice di commercio.* — Per quanto l'allusione, anzi il rinvio dell'articolo 773 del Codice commerciale, alle disposizioni relative ai privilegi contenute nel Codice civile, sia diretto, tuttavia su questo articolo come sull'articolo precedente quanto ai diritti dei creditori pignoratizî, preferiamo non addentrarci in una trattazione di materia impor-

tante e difficile così da richiedere studî profondi, severa dottrina, applicazione indefessa per gettare appena le basi di una delibazione affatto superficiale del sistema de' privilegi nel diritto civile. Occorrerebbe un grosso volume per trattare appena sufficientemente l'ardua materia; ed allora usciremmo affatto dal campo del diritto commerciale e dall'aiuola poco fiorita del fallimento se ci indugiassimo a parlare dei privilegi, della loro importanza, della loro vita e qualità giuridica di fronte al diritto civile. Ci limitiamo perciò ad indicare per sommi capi com'è regolata tale materia dalla patria legge civile, ed a mostrare quali privilegi particolari abbia istituito la legge commerciale, e quali modificazioni si intendano portate da essa al sistema dei privilegi nel Codice civile in quanto si possano applicare alla materia del fallimento.

Il privilegio, che è un diritto di prelazione dalla legge accordato in riguardo alla causa del credito e in base al principio che i beni del debitore sono la garantìa del creditore, attribuisce al credito così garantito un dominio su tutti gli altri crediti, non esclusi gli ipotecari; dominio che si riduce ad un diritto di prelazione anche su questi crediti pure privilegiati. " La legge nel determinare l'esistenza e la natura e la estensione dei privilegi non fa che seguire i dettami di una ragione intuitiva di equità. Generalmente il privilegio è determinato dalla considerazione della santità della causa da cui trae origine il credito o dall'importanza o dall'utilità della somministranza o del servizio da cui esso sorge . . . . . .
Il fondamento del privilegio sta unicamente nella volontà del legislatore. A nessuno, all'infuori di lui, è permesso creare privilegi od estendere gli esistenti. V'ha anche di più. Siccome il privilegio stabilisce uno stato di cose affatto eccezionale, non lo si può presumere. Da un caso espresso di privilegio non si può nemmeno desumere per somiglianza di causa un caso di privilegio non espressamente contemplato. E quando un privilegio sia da applicarsi vorrà essere ristrettissima, anche nella *misura* del beneficio dalla legge medesima accordato „ (1). Questi principî che la dottrina e la giurisprudenza (2), accolgono e sviluppano, servono nella interpretazione della vita e dell'applicabilità dei privilegi proprî al diritto civile, ai bisogni dei rapporti commerciali; ed il legislatore commerciale scrivendo nel primo alinea dell'articolo 773 che le disposizioni del Codice civile intorno ai privilegi sopra i mobili si applicano anche nei giudizi di fallimento, ha inteso appunto di sottomettere il sistema dei privilegi secondo il diritto civile, alla particolare contingenza della vita commerciale; ciò appare tanto più evidente quando vediamo che, oltre all'aver creato dei propri privilegi riservati ai soli rapporti commerciali, ha stabilito che l'applicazione del sistema dei privilegi del diritto civile avvenga nei giudizi di fallimento, salve le disposizioni speciali contenute nel Codice di commercio; e di più ha sancite quelle particolari modificazioni che sono raccolte nei tre numeri dell'articolo in esame e che esamineremo ampiamente nel commento di esso.

Il principio che distingue in generali e speciali i privilegi, si applica interamente al diritto commerciale, e senza alcuna modificazione alla materia particolare del fallimento. Dunque avranno privilegio generale sui beni mobili del commerciante, quel privilegio, cioè, che colpisce tutta la sostanza mobile del fallito, in quell'ordine di prelazione che è stabilito dalla legge civile nell'articolo 1955: 1° le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione

(1) I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, vol. I, pagg. 131, 132 e 135. Torino, 1884.

(2) Per la bibliografia ricorrasi alle innumerevoli citazioni di cui il Luzzati infiora e quanto alla trattazione dottrinale, e quanto alla trattazione pratica, la sua egregia opera.

sui mobili nell'interesse comune dei creditori; ed allora vediamo che questo privilegio trova applicazione, riguardo al fallimento, per la apposizione dei sigilli, per la compilazione dell'inventario, per la verificazione dei crediti, per le convocazioni dei creditori, per la vendita delle merci del fallimento all'asta pubblica; insomma per tutte quelle operazioni relative alla conservazione, liquidazione, ripartizione dell'attivo del fallimento ed, in genere, all'amministrazione e procedura del fallimento, le quali importino un aggravio per l'erario, mentre possono essere sopportate dall' attivo del fallimento (1); 2° le spese funebri necessarie secondo gli usi. Qui si comprende che questo privilegio si creerà per fatto del debitore fallito o della sua famiglia; perchè lo stato di fallimento del capo della famiglia o del membro che provvedeva al sostentamento di essa, abbiam veduto come non tronchi, nè pel fallito nè per la sua famiglia, il diritto a prelevare sul patrimonio del fallimento quanto è necessario al sostentamento suo e de' suoi; e quindi alla stessa stregua si conserva il diritto sullo stesso patrimonio per quelle spese che derivano da un *fatto naturale*, quello della morte, com' è *fatto naturale* il bisogno di sostentamento dovuto alla condizione della vita. Il diritto di privilegio per le spese funebri viene a cadere sul patrimonio di fallimento a garanzia di chi ha sostenute quelle spese tanto se la morte della persona che occasionò quelle spese avvenne prima, quanto se avvenne dopo la dichiarazione di fallimento; ciò, senza pregiudizio della prescrizione che possa opporsi dai creditori a chi avanza quelle pretese; giacchè questo privilegio per le spese funebri, come ogni altro privilegio, dura solo finchè sia valido e proponibile il credito che è diretto a garantire; onde, se questo è prescritto, non può più parlarsi di alcuna specie di privilegio. Noi abbiamo esteso il criterio delle spese funebri a tutti i membri della famiglia del fallito, sia che costui sia morto prima che si dichiarasse il suo fallimento, lasciando quindi la famiglia sola di fronte al disastro economico dell'azienda commerciale del defunto suo capo: sia che egli morisse quando già era stato dichiarato il fallimento. Gli autori non parlano di questa estensione delle spese funebri; anzi alcuni, come il Calamandrei ed il Pagani (2), sembra non intendano parlar che di spese funebri occasionate per la morte del fallito. Noi insistiamo nella nostra opinione, perchè non crediamo che si possano intendere rotti que' vincoli di famiglia che fecero luogo alle disposizioni degli articoli 712, 735 e 752 quand'anche la disgrazia della morte del suo capo venga a colpire la famiglia del fallito commerciante. Anche dubbi si elevano sull'applicabilità del privilegio per le spese funebri necessarie per la morte del fallito, avvenuta dopo la

(1) Notisi che la giurisprudenza, riguardo alle spese di giustizia in materia penale, limita a ben poca cosa il privilegio per le spese costituite dall'onorario dovuto alla difesa ed alla parte civile. Anzi una sentenza dell'Appello di Venezia 8 marzo 1878 ha stabilito che sono esclusi dal privilegio gli onorari dovuti al difensore. Questo criterio fu adottato anche dall'Appello di Torino che con sentenza 1° aprile 1878 non riconobbe privilegio alcuno per gli onorari del difensore, ed ammise dopo le spese incontrate dal fisco al privilegio sulla sostanza mobiliare del condannato, le spese della parte civile (*Legge*, 1878, I, 486 e 526).

Ora, questa avversione della giurisprudenza ad estendere il privilegio dell'articolo 1954 del Codice civile alle spese provocate per la rappresentanza nelle cause civili, può colpire i procuratori e gli avvocati che sia nel caso di bancarotta che nel caso di fallimento siano chiamati a patrocinare il fallito od i suoi interessi o gli interessi della massa (art. 727 Cod. comm., 2° comma); e sembra iniquo il precludere l'adito a persone, che pure giovano agli interessi dei creditori od adempiono ad un obbligo imposto dalla legge per un criterio d'ordine pubblico, ad ottenere il pagamento dell'opera da loro prestata ammettendoli al privilegio in discorso sui beni mobili del fallito.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 355, n. 406. — Op. e fasc. cit., pag. 109-111, n. 43.

dichiarazione del fallimento. Il Calamandrei, nel passo citato, ritiene inutile tale distinzione, dovendosi intendere applicabile il privilegio delle spese funebri ogni qualvolta tali spese siano necessarie e vengano a colpire il patrimonio del fallito, e noi riteniamo che così debbasi interpretare, riguardo al fallito, il privilegio per le spese funebri secondo gli usi. Il legislatore del Codice civile rende privilegiate le spese funebri, *necessarie secondo gli usi*. Ora, questo inciso che il legislatore italiano, a differenza del francese, ha unito alla statuizione del privilegio di cui si tratta, suscita non poche questioni, le quali, pur essendo più particolari al diritto civile, non entrano meno in dibattito, quando simile privilegio si applichi al diritto commerciale nella procedura di fallimento. Se noi prendiamo il concetto delle spese funebri quali lo troviamo nei giureconsulti del digesto e il privilegio che intorno ad esse si concedeva, troviamo che la legge 45 *de relig. et sumpt. funer.* stabilisce: " *Impensa funeris semper ex haereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, quum bona solvenda non sint* ". Così, riconosciuto il privilegio e il suo carattere preminente, vediamo che i giureconsulti vi attribuiscono una estensione che non si riscontra nel testo della legge. Così Paolo scrive: " *Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur* " (1); ed Ulpiano mette come regola la consuetudine, generalmente invalsa che " *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* " (2). Le legislazioni civili moderne hanno accolto il principio e la interpretazione del *Digesto;* e come la legislazione italiana ha creduto interpretarlo, scrivendo che godono privilegio le spese funebri *necessarie secondo gli usi*, la legge francese scrisse soltanto che sono privilegiati *les frais funéraires* lasciando amplissima facoltà di estensione; e la legge Belga ripetè il dettato d'Ulpiano attribuendo privilegio alle *frais funéraires en rapport avec la condition et la fortune du défunt.* Lo stato attuale della giurisprudenza e della dottrina italiana fa luogo ad una lodevole interpretazione della lettera della legge; perchè, non ammettendo alcuna regola fissa nè in favore nè contro l'estensione del privilegio, assume piuttosto un carattere di interpretazione relativa sia agli *usi* locali, che agli *usi* dipendenti appunto dalla *condizione* (*dignitate*) del defunto e della di lui condizione *economica* (*pro facultatibus*). E, come non si ritiene che possano mettersi fra le spese funebri necessarie secondo gli usi quelle incontrate dagli eredi per l'erezione di un monumento sulla tomba del loro autore, però tutti i più autorevoli scrittori convengono che debbansi comprendere..... " fra le spese privilegiate quelle dell'acquisto del terreno, della cassa, della cera, del trasporto, degli uffici, delle messe, delle pubbliche preghiere, dei segni funerarî che accompagnino strettamente la sepoltura... "; e il Luzzati (3), del quale abbiamo riferito questo passo, si oppone ad " .....ammettere il privilegio per le spese di lapidi, nè per quella di ricordi, anche non di lusso, sulla tomba, intesi ad onorare, oltre i limiti della stretta necessità, la memoria del defunto. Può variare, secondo i casi, il giudizio per quella dei biglietti di invito ". Ognun vede come l'applicazione del criterio che informa la disposizione del Codice civile riguardante le spese funebri, vuole che " se esse fossero esorbitanti, fatte per orgoglio ed ostentazione, il privilegio *sia* ristretto alla somma ritenuta necessaria, ancorchè tali spese fossero state fatte per ordine del fallito defunto; poichè la volontà dei defunti deve certamente essere rispettata, ma solo in quanto la sua esecuzione non nuoccia agli interessi

(1) Sent. rec., L. 1, tit. XXI, § 4.
(2) L. 12, § 5, D. *De relig. et sumpt. funer.*
(3) Op. cit., vol. I, pag. 205, § 237; e Autori ivi citati.

di terzi „ (1). Così rimane fissata la norma che il legislatore commerciale vuole seguita, quanto alle spese funebri direttamente dipendenti dalla necessità di sepellimento del cadavere del fallito o di persona della di lui famiglia. Qui, però, può sorgere questione sul modo scelto per la consumazione del cadavere; perchè un modo può essere assai più dispendioso di un altro. Così il sistema della cremazione che oggi si introduce negli *usi* funerarî delle popolazioni civili, in luogo del meno dispendioso sistema d'inumazione, può far fuogo all'applicazione del privilegio per le spese funebri? Indubbiamente. Perchè il legislatore non *può* aver voluto preferire un sistema piuttosto che un altro; ma, invece, *deve* aver voluto lasciar la via aperta all'introduzione ed applicazione di quel qualunque sistema che la pubblica igiene, o la pietà verso i defunti, od altre contingenti considerazioni, o il progresso ed i bisogni della società, possono ritenere utile, se non indispensabile, per la consumazione dei cadaveri. Certo che si potrebbe obbiettare che la cremazione, particolarmente oggi in cui è tutt'altro che di uso comune, è un *lusso* in confronto della inumazione; ma non vediamo quale argomento potrebbe servire al magistrato per interpretare contro il sistema della cremazione il privilegio delle spese funebri. Altra questione che entra nella interpretazione della locuzione " le spese funebri necessarie secondo gli usi „ è quella relativa alle spese per gli abiti di *lutto*, di *gramaglia*, che le convenzioni e le convenienze sociali, non meno che la pietà e le sue esterne dimostrazioni verso i defunti, hanno reso consueti. Secondo l'antica giurisprudenza codeste spese venivano comprese nello stesso grado delle spese funerarie e delle spese per l'ultima malattia; però, mentre questo privilegio era concesso per le spese degli abiti da lutto della vedova del defunto, erano escluse quelle per gli abiti dei figli. Le legislazioni ora parlarono espressamente degli *abiti da lutto*, escludendoli od ammettendoli, quanto alla spesa, al privilegio; ed ora tacquero lasciando campo per tal modo alla questione che ora trattiamo. Fra i Codici che dichiararono di non estendere il privilegio delle spese funebri agli abiti da lutto ricordiamo il Codice civile del Ducato di Parma che all'articolo 2131 enumera quali debbansi ritenere *spese funebri;* e non vi comprende gli abiti. Invece l'Editto ipotecario piemontese del 16 luglio 1822, all'articolo 2°, § 2°, concedeva nel privilegio per le spese funebri anche il privilegio per le spese incontrate in causa delle " vesti dell'anno del lutto della moglie „. Il Codice civile sardo adottò, nell'articolo 2156, n° 4°, il criterio del citato editto; e concesse il privilegio delle spese " per le vesti indispensabili da lutto della vedova . . . . . a condizione che lasci intatto nella massa del patrimonio di esso (*il marito*) la dote e le altre ragioni che spettassero alla stessa vedova in forza del contratto di matrimonio „. Nel Codice albertino non è stabilito un vero privilegio per le vesti da lutto; però, riguardo ad esse, quel Codice conteneva una disposizione conforme a quella dell'articolo 1415 dell'attuale Codice civile italiano, che dice che in caso di scioglimento di matrimonio " .... per la morte del marito, la moglie ha la scelta di esigere, durante l'anno del lutto, gli interessi o i frutti della sua dote, o di farsi somministrare gli alimenti pel tempo anzidetto dall'eredità del marito, la quale in ambidue i casi deve inoltre fornire, durante l'anno, l'abitazione e *le vesti da lutto* „. E la giurisprudenza del Senato piemontese (2) alcune volte estese il privilegio delle spese funebri alle *vesti da lutto* nel caso che per esse concorressero le condizioni esposte nel riferito articolo.

(1) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 356, n. 406.

(2) Vedi *Pratica Legale*, Parte 1ª, titolo XXII, §§ 53 a 56. — Parte 2ª, vol. II, tit. XXXIX, §§ 4 e 5.

Ma la giurisprudenza fattasi sul vigente Codice italiano, non seguì quella interpretazione del Senato piemontese, senza però pronunciarsi apertamente contro la estensione del privilegio dell'articolo 1956, n. 2°, del Codice civile agli abiti da lutto. Interpretando il silenzio del legislatore su ciò il Luzzati (1) scrive: " È quindi logico ritenere che, nel lodevole intento di semplificare la per se stessa intricata materia dei privilegi, e di diminuire le cause di concorrenza privilegiata dannosa al credito, il legislatore nostro abbia semplicemente voluto sopprimere il privilegio, riconosciuto dalla legislazione anteriore, alla vedova ".

Tuttavia noi crediamo che nella applicazione del sistema dei privilegi regolato dal Codice civile, alla materia del fallimento la questione possa risolversi contrariamente alla conclusione del Luzzati: perchè vedemmo appunto che il legislatore commerciale nel sancire gli articoli 735 e 752, e il primo specialmente, ha inteso che la famiglia del fallito non dovesse ricevere un soverchio nocumento dalla calamità che la colpisce e che può dipendere interamente dalla malafede o dall'avidità di speculazione di quel suo membro o del suo capo: ed a raggiungere questo intento, volendo anche aver il dovuto riguardo agli interessi dei creditori non meno che al sentimento di pietà dell'universale coscienza, stabilì che le *vesti* e le masserizie e gli utensili necessari alla famiglia del fallito e secondo la condizione di questa, le siano lasciati e non vengano sottoposti a sigillo. Dippiù prevedendo l'eventualità della insufficienza di quegli oggetti ai bisogni della famiglia per tutta la durata dello stato di fallimento, con l'articolo 752 autorizzò il giudice delegato a prelevare sul patrimonio del fallimento i *soccorsi necessari* al fallito ed alla sua famiglia; dando più carattere d'obbligo che di facoltà a questa estensione dell'ingerenza del giudice delegato nell'amministrazione del fallimento; e lasciando intravvedere che quest'obbligo grava anche sui creditori una volta che per la chiusura del processo verbale di verificazione dei crediti sia necessaria una loro deliberazione per concedere quei soccorsi. Ora, il carattere che il legislatore impose a questi soccorsi, mediante l'aggettivo ad essi unito di " *necessari* " se va interpretato nel senso di non esagerare tali concessioni a detrimento della massa patrimoniale del fallimento e con lesione del principio assoluto che tutti i beni del debitore sono devoluti al pagamento del creditore, tuttavia non esclude che nei necessari soccorsi si comprendano anche quelle vesti che possono diventare indispensabili, oltrechè necessarie, per il decesso del fallito o di qualche membro della di lui famiglia. Qui però la questione della estensione del privilegio per le spese funebri soffre una variazione ed un raccorciamento: perchè, nel caso in cui la massa stessa del fallimento somministri le somme necessarie a questa parte delle spese funebri, allora non viene ad aggiungersi agli altri creditori del fallimento alcun creditore nuovo e quindi, mancando la causa del privilegio, neppure il privilegio può sussistere. Ma nel caso, non infrequente, in cui le *spese funebri*, sia quelle relative " alla sanità pubblica e al rispetto della personalità umana " (2) che quelle relative alle vesti da lutto, siano sopperite da altre persone, che così adempiano, in luogo e vece ed in mancanza dei creditori o del giudice delegato, a quell'obbligo di pietà sancito con l'articolo 752 del Codice di commercio, non può esservi dubbio, a parer nostro, che il credito di quelle *pietose* persone nato dalle *spese funebri*, sia a ritenersi avvantaggiato dal privilegio dell'articolo 1956, n. 2°, del Codice civile. Il Luzzati che, per vero, ha toccato tale questione, risolvendola a quanto pare, nello stesso senso, scrive che non essendo "..... la natura dei *soccorsi neces-*

(1) Op. cit., vol. I, pag. 207, § 239.

(2) LAURENT, *Principes de droit civil*, n. 358.

sari ..... dalla legge stessa determinata .....„ è permesso ritenere " ..... essere retta dal disposto dell'articolo 752 del Codice di commercio l'ipotesi, che pendente il giudizio di fallimento il debitore, od alcun membro della famiglia, venga a decedere „ (1). Ma poi pone questo dilemma: " O le spese funebri precedettero la dichiarazione del fallimento, ed in questo caso il creditore è privilegiato; ..... O il decesso avvenne pendente il fallimento e ci sembrerà doversi applicare l'articolo 752, dianzi esaminato, del Codice di commercio „ (2); noi, avendo già esposta la nostra opinione anche riguardo a questa distinzione tentata dal Luzzati, non crediamo di ripeterne qui le le argomentazioni e l'affermazione.

III. Le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore, sono privilegiate come le spese funebri. Molto di quello che si disse riguardo alle spese funebri può esser ripetuto riguardo alle spese d'infermità. Avvertasi che dottrina e giurisprudenza s'accordano nel ritenere che le spese di malattie facciano parte, in ogni caso, degli alimenti e quindi debbansi regolare con le norme stabilite per l'esercizio di quel diritto. Qui però il privilegio per le spese di infermità è in grado anteriore alle spese per gli alimenti; e quindi non è d'uopo adottare quel criterio che, riguardo all'interpretazione dell'esercizio del diritto d'alimenti abbiamo accennato. Ciò che merita più attenzione è il tempo che il legislatore civile concede, e il legislatore commerciale accetta senza porvi alcuna abbreviazione. Il Codice civile Napoleonico ha usato una fissazione più ristretta che al tempo stesso non consente alcuna precisazione. In esso si privilegiano soltanto le spese *quelconques de la dernière maladie*. Sicchè qualsiasi il tempo in cui la malattia ebbe a colpire il debitore, purchè essa sia *la dernière*, le spese incontrate per la cura saranno favorite da privilegio. A questa limitazione fondata in un criterio patologico, il legislatore del Codice Albertino sostituiva la limitazione del tempo; stabiliendo che godessero privilegio le spese per le malattie sofferte dal debitore nel tempo di un anno anteriore al giorno del decesso; così precisava anche il momento e il modo con cui una malattia del debitore potesse considerarsi come l'ultima, perchè richiedeva che l'esito di essa fosse la morte. Il criterio del Codice Albertino fu adottato dal legislatore italiano del vigente Codice civile; che, però, credette necessario per tutelare il diritto dei creditori, di restringere quel tempo a sei mesi; e quantunque questi sei mesi abbiano per termine *ad quem* la morte del debitore, pure, anche per il sostantivo usato dal legislatore a dinotare lo stato patologico del debitore, sono privilegiate anche le spese di quelle malattie che quantunque avvenute negli ultimi sei mesi della vita di lui, non furono però la causa immediata della morte; perchè la voce *infermità* pur essendo sinonimo di *malattia*, ha un carattere ben diverso da quello che è proprio al significato della voce malattia; e, diremo, ha particolarmente un carattere assai più comprensivo riguardo a modificazioni patologiche nelle condizioni sanitarie di un individuo, e nello stesso tempo dinota una minore intensità nella modificazione stessa, essendo la *infermità* capace di degenerare in una *malattia* che segni la sua risoluzione anche colla morte del paziente. Ma l'applicazione di questo criterio del tempo usato dal legislatore civile, può subire una deviazione, una variazione, quando si consideri quello che dispone il Codice di commercio in materia di fallimento. Allora si presenta una importante distinzione riguardo all'epoca *ad quem* giunge il limite semestrale dell'articolo 1956, n. 3°, Codice civile. Sappiamo che il momento giuridico della formazione dello stato di fallimento è stabilito dalla data della sentenza che lo dichiara e che

(1) Op. cit., vol. I, pag. 209, § 242.

(2) LUZZATI, op. cit., vol. I, pag. 210, § 242.

d'allora il fallito è sottoposto a tutte quelle modalità nell'esercizio dei suoi diritti, ed a tutti gli obblighi che sono qua e là toccati nel libro III del Codice di commercio sul fallimento. Dunque i sei mesi utili per il privilegio dell'art. 1956, n. 3°, riguardo al fallito subiranno una qualche particolarità di interpretazione per la data della sentenza dichiarativa di fallimento? Suppongasi che i sei mesi decorrano interamente prima della sentenza dichiarativa; che cioè il fallito muoia prima di essere dichiarato tale. Allora, applicando strettamente il disposto dell'art. 1956, n. 3°, non può esservi dubbio che le spese sostenute per quell'ultima malattia debbano essere privilegiate. Invece il Luzzati non si perita d'affermare che in tal caso " il credito delle spese d'infermità del debitore rappresenta un credito ordinario, non rivestito di alcuna particolare prerogativa e pagabile senza prelevazione „ (1). E noi non sappiamo vedere quali argomenti possano essere portati dall'illustre civilista a sostegno della sua opinione. Perchè il Codice civile, pur sottoponendo il privilegio accordato alle spese d'infermità alla regola comune a tutti i diritti singolari che debbasi avere la causa precisa del privilegio di cui si tratta, non ha imposto a codesto esercizio alcun'altra modalità all'infuori di quelle che sono inerenti al tempo nel quale deve essere avvenuta la malattia. Sicchè interpretando letteralmente il disposto dell'articolo 1956 n. 3°, e riportandone la deduzione a quello che dice il legislatore commerciale nel primo comma dell'art. 773, non si può trovar alcun argomento favorevole alla tesi del Luzzati. Il quale poi produce, come argomento perentorio, quello del silenzio del legislatore civile riguardo alla decozione ed al fallimento del debitore; dimodochè, secondo questo autore, il fatto che il decesso sia anteriore alla dichiarazione di fallimento del debitore, toglie l'applicabilità dell'articolo 1956, n. 3°; perchè l'anteriorità del decesso sarebbe tolta dall'anteriorità sua alla dichiarazione del fallimento. Il che, lo perdoni il Luzzati, è semplicemente assurdo; perchè è appunto la dichiarazione di fallimento quella che ponendo i creditori, a qualsiasi titolo, del fallito commerciante, nella condizione a loro fatta dallo stesso istituto del fallimento, fa sì che si creino fra di essi quelle diverse categorie di creditori ai quali si rivolgono tutte le disposizioni degli art. 771 a 792 del Codice di commercio; ed è appunto per questo che lo articolo 773 ha detto da bel principio, che le disposizioni del Codice civile intorno ai privilegi sopra i mobili si applicano anche nei giudizî di fallimento. Così, quando le spese dell'infermità che conduce a morte il fallito, siansi tutte maturate in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, esse saranno *ipso jure* rivestite dell'analogo privilegio semestrale. Se non che, in codesta anteriorità alla dichiarazione di fallimento, si può fare ancora una distinzione tutt'altro che indifferente. Se la sentenza che fissa la data della cessazione dei pagamenti ad un tempo meno lontano a quello, a partire dal quale si contano i sei mesi dalla ultima infermità del fallito, dichiarato tale dopo la sua morte, si conserverà ancora alle spese di quell'ultima infermità il privilegio dello articolo 1954, n. 3°, Codice civile?

Tale quesito si potrebbe rendere più generale col far rimontare la data della morte del fallito a quel limite massimo di distanza, dalla sentenza dichiarativa di fallimento, che la legge commerciale concede all'art. 690; cioè, un anno dopo la morte del fallito. In simile caso noi crediamo che, anche tenuto calcolo di ciò che, trattandosi della morte del fallito, dispone, riguardo alla retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti, l'art. 704 secondo comma del Codice di commercio, il privilegio delle spese d'ultima infermità sussista ugualmente, pel semestre antecedente la morte del fallito, in

(1) Op. cit., vol. I, pag. 316, § 256.

tutti i casi in cui la cessazione dei pagamenti e la dichiarazione di fallimento possano essere sentenziate a seconda di ciò che è specialmente stabilito nel Codice di commercio, all'ultimo alinea dell'articolo 690 e al secondo alinea dell'articolo 704.

Il Luzzati (1), facendo ei pure la seconda ipotesi che si presenta naturalmente a chi esamina questa materia, dice che alle spese d'infermità sostenute per il fallito " il carattere di credito privilegiato potrebbe essere attribuito dalla morte del debitore che avvenne nel corso del giudizio di fallimento „, ossia dopo dichiarato il fallimento. Non sappiamo però come il Luzzati metta d'accordo il brano che riferimmo con questo che lo sussegue: " Per le spese d'infermità che occorressero nel corso di questo giudizio, ai creditori non spetterebbe alcuna ragione che essi potessero far valere in concorso dei creditori del fallimento. Ad eventualità di questa specie si provvederebbe, il più spesso, in pratica, coll'esercizio di quella facoltà di prestare soccorsi al fallito..... „ (2) concessa dall'art. 752 del Codice di commercio. E diciamo che non possiamo scorgere quel nesso logico, che pur dovrebbe legare queste elucubrazioni del Luzzati, perchè il primo periodo riferito è in antitesi perfetta alle conclusioni che da esso sembra abbia voluto trarre l'autore citato, nel secondo passo che riferimmo. È nostra opinione che, eccetto il caso in cui il fallito sia tale dichiarato mentre è degente per malattia, in modo che i sei mesi concessi al privilegio si distribuiscano tra la epoca anteriore e l'epoca posteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento, il giudice delegato ed i creditori dopo la chiusura del verbale di verificazione dei crediti, debbano, a mente dell'art. 752 del Codice di commercio incaricarsi essi delle spese della malattia del fallito; tali spese dovendo evidentemente comprendersi in quei *necessari soccorsi*, che tale articolo autorizza ad accordare. Chè il giudice *delegato o i creditori* non vogliano o trascurino di adempire a quanto dispone quell'art. 752, non v'è ragione di non concedere il privilegio dell'art. 1956, n. 3°, a chi si sottoponga a spese per la malattia del fallito: perchè sarebbe assurdo, e ciò per argomento di moralità e di igiene pubblica, che si volessero trattare come impone l'art. 707 i crediti di tal natura, perchè fatti dopo la dichiarazione di fallimento. Quanto al caso in cui il commerciante morendo dopo la dichiarazione di fallimento, fosse diggià ammalato e sottoposto a cura medica quando fu dichiarato fallito, è certo che le persone che, in causa della malattia, vengono a trovarsi in una ragion di credito col fallito, potranno avanzar il loro credito fornito del privilegio, quantunque volte i creditori o il giudice delegato non ritengano più conveniente far entrare nella categoria dei soccorsi necessari il pagamento di quelle spese. Non crediamo neppur necessario di perder tempo per mostrare che il credito della spesa d'infermità sarà quello dei farmacisti, medici, infermieri, che prestarono medicinali, opera, o servizio a vantaggio del fallito ammalato; quantunque riguardo agli infermieri potesse farsi questione se essi debbansi ritenere piuttosto salariati, e quindi come tali privilegiati. Come pure ognuno comprenderà che i sei mesi fissati dal legislatore del Codice civile, assumono carattere di limite oltre il quale non si può andare nel caso in cui la malattia del debitore abbia durato un tempo maggiore e non un limite al quale si debba giungere per poter godere del privilegio di cui si tratta.

IV. Sono pure privilegiate su tutti i mobili del debitore le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi, ed i salari delle persone di servizio per egual tempo. Anche in quest'ultimo privilegio dell'art. 1956 del Codice civile, il tempo *utile* per la costituzione del privilegio di quei crediti che in esso si

(1) Op. cit., vol. I, pag. 217, § 256.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 217, § 243.

toccano è limitato a sei mesi. E l'art. 773, n. 1° si riferisce direttamente ad esso, equiparando il salario dovuto agli impiegati del fallito a quello dovuto alle persone di servizio, s'intende *domestici*, della famiglia del debitore. Le stesse questioni riguardo alla influenza dell'epoca in cui si fissa la cessazione dei pagamenti e la dichiarazione di fallimento, si possono rilevare qui a proposito degli alimenti e delle persone di servizio. E la ragione di ciò è chiara.

Perchè anche per la fornitura degli alimenti si possono stabilire i criteri di anteriorità e di posteriorità alla data della sentenza dichiarativa di fallimento e si possono trarre identiche conclusioni. Anche per gli alimenti, dopo la dichiarazione della fallita, si può invocare la facoltà di concedere i *necessari soccorsi* accordata dall'art. 752 Codice di commercio. E qui, cosa abbastanza singolare, il Luzzati viene ad una conclusione altrettanto inaspettata quanto contraria a quella che di lui abbiamo riferito del n. 3° dell'art. 1956 del Codice civile: chè egli scrive senz'altro che " i *sei mesi* indicati dalla legge al n. 4° dell'art. 1956 si riferiscono tanto al caso di morte, quanto a quello di fallimento o di decozione del debitore „ (1). Questa conclusione del Luzzati è tanto più apprezzabile in quanto che ei la sostiene in confronto dell'opinione contraria del Pacifici-Mazzoni, del Pochintesta, del Borsari, della cui scorta ed argomentazioni di solito si vale a sostegno de'suoi studi. L'argomento per cui il Pochintesta, il Pacifici-Mazzoni e il Borsari, trovano di non poter estendere al creditore del fallito il privilegio dell'art 1956, n. 4° del Codice civile, è quello dell'accenno diretto fatto dal legislatore commerciale nel primo numero dell'art. 773 del Codice vigente (664 Codice di commercio abolito) a quell'articolo, per stabilire una norma ed un criterio proprii al caso del diritto commerciale, in opposizione alla norma ed al criterio in analoga materia proprii al diritto civile.

Ma, come ben rileva il Luzzati, la " opinione di questi scrittori è fondata sopra una confusione di argomenti affatto disparati „ (2) e non è altro se non una storturа giuridica creata dal Mazzoni ed accolta senza disamina e ripetuta dagli altri due. Perchè appunto il legislatore commerciale col riferirsi come fa, nell'art. 773, n. 1°, al disposto del 4° numero dell'art. 1956 del Codice civile, ha inteso di rendere direttamente applicabile al diritto commerciale in materia di fallimento le disposizioni del diritto civile, aggiungendovi un disposto particolare favorevole alle persone che non avrebbero potuto essere comprese fra quelle che il legislatore del Codice civile aveva nominato nell'articolo del quale si tratta; ha inteso, " cioè, completare a seconda dei bisogni della vita commerciale quella disposizione idonea solo a regolare rapporti nascenti nella vita civile „ (3). Dopo questa osservazione, cadono gli altri argomenti accampati all'appoggio di quella conclusione. Il non provvedere la legge commerciale eziandio alle *somministrazioni di alimenti* per l'ipotesi di fallimento lascia sotto l'impero del diritto comune la protezione di queste somministrazioni. E solo con evidente petizione di principio, cioè mettendo come premessa di argomentazione, che la legge civile non provveda all'ipotesi di fallimento, si può giungere alla conclusione che una deroga al diritto civile non sia in questo argomento portata dalla legge commerciale. La questione infatti sta appunto nel vedere, se la legge civile provveda solo all'ipotesi di morte del debitore, e non eziandio a quella di fallimento o di decozione. Ed essa non è certo

(1) Op. cit., vol. I, pag. 243-244, § 284.

(2) Op. cit., vol. I, pag. 245, § 286.

(3) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 357, n. 409. — Gli autori francesi sembrano pure propensi a seguire questo criterio; quantunque decisamente non lo rifiutino; però la Cassazione di Francia lo accolse in più d'un caso.

neppure indirettamente risolta da una disposizione di legge speciale la quale, riferendosi ad una garanzia di legge *accordata a certe persone dalla legge civile, si limita ad estenderla ad altre persone da questa legge non contemplate.*

" Si lasci adunque in disparte il disposto della legge commerciale, che non può servire alla soluzione del quesito e si cerchi questa risoluzione nel solo disposto della legge civile. E così facendo ci sembra doversi *necessariamente* giungere alla conclusione da noi preparata „ (1). Avvertiamo che la somministrazione di alimenti essendo privilegiata nella vita civile e nella commerciale, si applica nella massima accezione di significato della voce " alimenti „. E noi, come avvertimmo altra volta appoggiati alla giurisprudenza già colà citata, riteniamo che nella pensione alimentizia debbansi comprendere tutte le somministrazioni necessarie per la vita fisica, secondo la condizione economica e sociale delle persone a cui quelle somministrazioni vengono fatte; e non solo la fornitura dei medicinali eventualmente necessari, ma anche le spese indispensabili per l'educazione, checchè opponga il Calamandrei (2) invocando lo aforisma del Digesto (3) sulla pensione alimentaria, che in essa " *caetera quae ad disciplinam pertinent non continentur* „. Avverte il Calamandrei (4), le somministrazioni andar intese nel senso che esse comprendono " .....soltanto quelle fatte per la consumazione, e non quelle che il fallito avesse ricevute allo scopo di rivendita; poichè in tal caso cesserebbe la ragione di umanità che dà fondamento al privilegio: per esempio, non si avrebbe privilegio alcuno per le farine vendute ad un fornaio, per i generi alimentari venduti ad un trattore e via dicendo „. La quale avvertenza, che abbiamo riportata *ad abundantiam*, ci sembra veramente oziosa e superflua; giacchè, nel concetto e nel criterio il più comune della pensione alimentaria e delle somministrazioni analoghe, è già necessariamente incluso lo scopo di consumazione personale o famigliare a fine di sostentamento, scopo che dà, appunto, al diritto degli alimenti da cui deriva l'obbligo della pensione ed indirettamente il privilegio di cui il legislatore ha rivestito i crediti a quella inerenti, il carattere speciale che ognuno conosce.

Altra categoria di privilegi su tutti i mobili, che colpisce anche il patrimonio mobiliare del fallimento è quella dell' articolo 1957 Codice civile. Di questo privilegio nulla è a dirsi; però almeno l'accenno alla sua esistenza ed alla sua applicabilità conveniva farlo dacchè nessuno fra i commercialisti italiani ha parlato del privilegio tributizio dello Stato sopra i mobili tutti del fallito. Avvertasi che secondo il Luzzati (5) ed una numerosa giurisprudenza (6) il *caposoldo* o multa per il ritardato pagamento del tributo, ritenendo dal principale la natura tributizia, è ugualmente favorito dal privilegio dell'articolo 1957 Cod. civile.

All'articolo 1958 del Codice civile si riattacca più specialmente l'art. 773, n. 2° e 3° del Codice di commercio. Questo lunghissimo articolo che da solo forma il § II della sezione I, capo I, titolo XXXIII, libro III del Codice civile, merita tutta l'attenzione dello studioso, perchè comprende alcune disposizioni riguardanti il privilegio concesso a creditori che di spesso si riscontreranno nella massa dei creditori del fallimento, e perchè a codesti privilegi concessi e regolati dal Codice civile recò alcune

(1) LUZZATI, op. cit., vol. I, pag. 245-246, § 286.
(2) Op. cit., vol. I, pag. 357, n. 409.
(3) *De verb. sign.*, L. XVI-24.
(4) *Ibid.*, pag. 358, n. 411.
(5) Op. cit., vol. I, pag. 283, § 219.
(6) Appello Bologna, 8 febbraio 1869 (*Annali*, III, 2, 72). — Appello Torino, 30 luglio 1877 (*Giurisprudenza*, XIV, 662). — Appello Roma, 23 novembre 1880 (*Annali*, XV, 3, 69). — Appello Venezia, 10 marzo 1883 (*Foro It.*, 1883, I, 370). — Cassazione Torino, 20 febbraio 1882 (*Giurispr.*, XIX, 281).

importanti modificazioni il legislatore commerciale. Anche i privilegi dell'art. 1958 sono privilegi speciali sopra i mobili; ma, a differenza dei privilegi degli articoli 1956 e 1957, questi colpiscono solamente una qualità di mobili; di solito quelli in causa de' quali, per la cui fornitura, si costituì il rapporto di dare ed avere tra debitore e creditore. Quindi i crediti dello Stato per i diritti di dogana e di registro, e per ogni altro dazio o tributo indiretto sopra i mobili, nel caso più frequente quanto al commerciante, sopra le merci su cui cadono tali diritti tributizi. È ad avvertirsi, riguardo a questo privilegio dei crediti dello Stato, che esso sussiste tuttavia anche quando la merce, il mobile che ne è l'oggetto, sia stato immobilizzato, sia cioè diventato immobile per destinazione, come accadrebbe, *verbi gratia*, se le macchine, che servono alla industria del fallito, non avessero ancora pagato il dazio d'entrata essendo importate dall'estero; ma, però, fossero diggià entrate in servizio nell'opificio del fallito; sicchè da ciò risulta che il privilegio non cade perchè il creditore non si trovi più nel possesso della cosa, dell'oggetto colpito dal privilegio.

Non possiamo, però, riguardo a questo privilegio dello Stato consentire con l'opinione del Luzzati (1) secondo cui pur esistendo, per mancato pagamento dei dovuti diritti, il privilegio sui mobili, i terzi possono acquistare su di essi un privilegio anteriore e più valido di quello dello Stato, purchè nei terzi concorra la buona fede. Giacchè i privilegi dell'articolo 1958 hanno nella prelazione l'ordine corrispondente al loro numero e quello dello Stato precede tutti gli altri. Poi il privilegio nasce dalle condizioni di fatto che la legge ritiene necessarie e sufficienti a dargli vita, e la buona fede è un elemento indifferente per l'acquisto come per l'ordine del privilegio e della prelazione. Poi lo stesso legislatore del Codice civile, all'art. 1959, ha dato prelazione sopra il privilegio dell'art. 1958, n. 1° al solo privilegio dell'art. 1956, n. 1° quello cioè per le spese di giustizia; mentre non ha voluto che nessun altro privilegio fosse preferito al privilegio del n. 1°, art. 1958, mentre invece all'art. 1690 stabilì espressamente, che il credito dello Stato è preferito ad ogni altro credito sopra i mobili che furono oggetto dei tributi indicati nel n. 1° dell'articolo 1958. Ora, come il Luzzati possa credere sostenibile la sua opinione dinnanzi al perentorio disposto contrario della legge, non comprendiamo, nè ci curiamo di scrutare.

Il secondo privilegio dell'articolo 1958 è quello che favorisce i crediti dei canoni sopra i frutti del fondo enfiteutico, raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provegnenti dal medesimo. Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso e dell'antecedente. Il Codice di commercio che ha modificato in parte il n. 3° dell'art. 1958, che pur tratta una materia analoga a quella di codesto secondo numero, non ha recata modificazione di sorta ai diritti del *dominus emphiteuseos*, sicchè questo privilegio si applica anche in caso di fallimento dell'enfiteuta così come è regolato dal Codice civile. Crediamo inutile una discussione relativamente alla condizione che questo secondo numero dell'articolo 1958 fa ai *fondi urbani* che pure possono darsi in enfiteusi: i quali, non producendo derrate nè raccolti, non presenterebbero alcun oggetto su cui il creditore enfiteuticario potesse dirigere il proprio privilegio, per il pagamento del dovuto canone. Neppure insistiamo sull'interpretazione da darsi alla frase " l'anno in corso e l'antecedente „ usata dal legislatore civile, perchè sembra abbastanza chiaro che trattandosi dell'esercizio efficace del privilegio, l'*anno in corso* diventa quello in cui

(1) Op. cit., vol. II, pag. 311-312, § 358.

il privilegio si eserciterà in causa del mancato pagamento del canone: e l'*anno antecedente* è quello che questo immediatamente precede.

Del terzo numero di questo articolo 1958, che parla del privilegio del locatore riguardo alle pigioni ed ai fitti degli immobili, al quale il legislatore del Codice civile ha dedicata una lunghissima esposizione, ci riserviamo di parlare più ampiamente nel numero 306 del presente commento; là ove la modificazione impostavi dal legislatore, col numero 2° dell'art. 773, necessita una trattazione dell'argomento più estesa e completa di quanto si potrebbe, convenientemente, fare in questo numero. Il privilegio del locatore per l'esazione delle pigioni e dei fitti, a seconda si tratta di fondi urbani o rustici, di edifici o di terreni, cade sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le *derrate* (1) che trovansi nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e provegnenti dai fondi medesimi, e sopra tutto ciò che serve a coltivare il fondo affittato, od a fornire il fondo medesimo o la casa appigionata. Ed è questo privilegio di tal natura, che nasce con lo stesso contratto di locazione o di affittanza e dura per tutto il contratto, in tutte le sue fasi e si esercita ugualmente quando sopravvenga la rescissione secondo la formula del contratto, come quando questa rescissione si anticipi pel mutuo dissenso dei contraenti, o per la mancanza d'una delle parti alle condizioni del contratto: sempre però quando concorra il mancato pagamento di quelle annualità di fitto o di pigione per le quali il legislatore ha concesso il privilegio; il quale ha luogo pel credito dell'anno in corso, dell'antecedente e delle scadenze successive portate dai contratti di locazione, se questa ha data certa, e solo pel credito dell'annata in corso e della susseguente, se non è certa la data della locazione.

In questo privilegio, ed in ambidue i casi, è fatta facoltà agli altri creditori di subingredire alle ragioni del conduttore, di sublocare l'immobile durante il tempo pel quale il locatore esercita il suo privilegio, anche se ciò fu vietato nel contratto di locazione, e di esigere fitti e pigioni, purchè al locatore venga pagato tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e cautelandolo anche per la parte di credito non ancora scaduto.

E non solo il privilegio del locatore ha luogo pei fitti e per le pigioni ma pure pei danni, ai quali sia dovuto risarcimento, e per quelle riparazioni poste a carico del conduttore e da lui non adempiute, non meno che per la restituzione delle scorte e per l'adempimento di tutte le condizioni del contratto.

Ed è così possente questo privilegio da cadere anche sopra tutti quegli oggetti di proprietà altrui che si trovassero in possesso del conduttore, affittuario o subaffittuario o subinquilino, al momento in cui il privilegio si eserciterà, eccetto il caso in cui trattisi di oggetti smarriti o rubati, e quello di scienza, da parte del locatore, del diritto di proprietà che i terzi hanno su quelle cose. Dippiù, il privilegio del locatore, secondo il n. 3° dell'art. 1958, è munito del *jus persequendi;* sicchè anche se gli oggetti che sono sottoposti ad esso vengano portati altrove o depositati appo una terza persona, senza il consenso del locatore, costui, *ipso jure*, li può far sequestrare conservando sovr'essi il suo privilegio, purchè l'esercizio dell'azione idonea sia promosso entro giorni quaranta dal dì in cui avvenne il trasporto (2), trattandosi di mobili di

(1) Per il significato e l'estensione da attribuire a questa voce rimandiamo il lettore ai nostri " Atti di commercio „ monografia completa nel *Digesto Italiano.*

(2) Sarebbe opera d'ottimo ingegno l'illustrazione del momento in cui, si renda applicabile la condizione del *trasporto* di cui parla il Codice civile; essendo concepibile l'avvento della condizione tanto al momento in cui la cosa è amossa dal luogo ove si trova, quanto al momento in cui giunge al luogo dove viene depositata. E ciò non è questione indifferente ed oziosa.

fondi rustici, ed entro quindici giorni se si tratti di case. Non hanno però nocumento da questo i diritti che i terzi acquistarono dopo il dì del trasporto; sempre, s'intende, che la buona fede concorra nell'acquisizione di tali diritti al momento in cui si acquistano; essendo nel caso di mala fede successiva all'acquisto *bona fide* del diritto applicabile l'apoftegma: *mala fides superveniens non nocet*. Per quello che riguarda la asportazione di tali oggetti, fatta con frode da parte dei terzi che poi vantino il loro diritto in opposizione al privilegio del locatore, cercheremo di sviluppare meglio l'argomento nella interpretazione della frase dell'articolo 773, n. 20 Cod. di commercio, che si riferisce alla sottrazione fraudolenta degli stessi oggetti all'ideale possesso del locatore.

Non sappiamo vedere quanta probabilità e possibilità d'applicazione possa avere il Codice di commercio e l'istituto del fallimento riguardo al colono, al massaro, al mezzadro, i quali però partecipano (1) direttamente della qualità giuridica dell'affittuario di fondi rustici. Ma costoro non possono considerarsi, quando si attengano unicamente all'esercizio della loro industria, come commercianti, perchè nessuno degli atti che essi compiono nello esercizio dell'industria alla quale sono dedicati è di natura commerciale. E ciò che qui si dice dei coloni, mezzadri e massari, serva al lettore anche per gli affittuari dei fondi rustici, e per gli inquilini che unicamente si conservino nei loro atti fuori della vita commerciale, in modo che la jattura che colpisce la loro fortuna assuma non il carattere di fallimento, bensì quello di decozione. Epperò se qui riportammo il disposto del n. 3° e n. 4° del Codice civ. all'articolo 1958, lo facemmo nella sola considerazione che la conduzione del fondo rustico o la colonìa parziaria siano esercìti da un individuo che abbia la qualità di commerciante, e quindi potendo essere dichiarato in fallimento metta il locatore nella condizione di valersi del suo privilegio di fronte agli altri creditori del suo affittuario come commerciante.

Nella stessa condizione del numero 4° sono da mettersi gli altri privilegi elencati nell'articolo 1958 (2), che si eserciteranno contro il commerciante dichiarato in fallimento in concorso cogli altri creditori ogni volta che la persona verso cui può essere esperito il credito privilegiato rivesta la qualità di commerciante; soltanto rimarranno inapplicabili, al caso di fallimento, i numeri 10 e 11 del detto articolo, perchè mai le persone ivi contemplate potranno assumere qualità di commerciante, essendo pendenti tuttora le cause per cui possano i privilegi ivi concessi contro di loro venire esercitati dal corpo morale alla cui amministrazione appartennero od appartengono.

Al numero 6° di questo articolo 1958, il legislatore commerciale si è riferito stabiliendo nel numero 3° dell'articolo 773 il privilegio del venditore delle macchine per il prezzo di esse non pagato. Nel n. 308 e seguenti, 309 e 310 del commento all'articolo 773 del Codice di commercio sarà trattata ampiamente questa parte.

Riguardo ai crediti muniti di privilegio generale sui mobili, secondo dispone l'articolo 1956 del Codice civile, avvertasi che il

(1) Sulla qualità d'affittuario del colono la giurisprudenza è concorde e sconfessa le poche opinioni contrarie di alcuni dottrinari, come ad esempio, il Morosini (*Colonìa-Società ed azioni edilizie*, 2ª ediz., Ancona, 1885); Cassazione di Firenze, 6 aprile 1875 (*Legge*, 1875, I, 443): Cassazione di Firenze, 5 dicembre 1882 (*Legge*, 1882, I, 223); Cassazione di Torino, 25 gennaio 1882 (*Legge*, 1882, I, 664); Cassazione di Roma, 7 aprile 1886 (*Legge*, 1886, II, 74).

(2) Una sentenza dell'Appello di Firenze in data 16 dic. 1886, ammette applicabile perfettamente al caso di crediti commerciali l'articolo 1958, n. 7, del Codice civile, coordinato con lo spirito dell'articolo 773 Codice di commercio (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. V, colonn. 293 e seg.).

legislatore li ha favoriti con la disposizione specialissima dell'articolo 1963 dello stesso Codice, disposizione che è pienamente applicabile anche al caso di fallimento del creditore. Vedremo di ciò parlando dei privilegi sopra gli immobili, di cui trattano gli articoli 776 a 779, inclusivamente, del Codice di commercio.

Oltre questi privilegi che, dettati dal legislatore civile, furono accolti interamente, od in parte modificati secondo il particolare bisogno della materia dal legislatore dell'attuale Codice di commercio, non sono da dimenticare quei privilegi propri al diritto commerciale raccolti dal legislatore nel titolo IX del libro II del Codice di commercio, sotto la denominazione di *crediti privilegiati*. Essi sono propri al diritto commerciale marittimo ed hanno dritto di prelazione ad ogni altro privilegio generale o speciale sui mobili, stabiliti nel Codice civile (art. 666 Cod. comm.). Cadono sulle cose caricate, sul nolo, sulla nave (capo II, III e IV, titolo IX, libro III Cod. comm.); e mirano a garantire quei crediti che hanno cagione nell'esercizio stesso dell'industria o del commercio del debitore, od anche nei mezzi necessari a tale esercizio, ecc. Nè qui fermansi i privilegi propri al diritto commerciale. Chè l'articolo 362 dell'analogo Codice fonda il privilegio *speciale* del mandatario commerciale sulle cose di ragione del mandante ch' egli detiene per l'esecuzione del mandato, o che si trovano a sua disposizione nei suoi magazzini o in luogo di pubblico deposito, o delle quali egli può provare la fattagli spedizione, col possesso legittimo della polizza di carico *sola* o *prima* o della lettera di vettura. Questo credito è preferito ad ogni altro che si eserciti verso il mandante o verso il venditore rivendicante; e, in caso di fallimento del mandante, il privilegio del mandatario sulle cose comprate per di lui conto, si esercita secondo le disposizioni del capo III, tit. IV, libro III del Codice di commercio, ove è regolata la *rivendicazione* in caso di fallimento. L'esercizio del diritto assicurato al mandatario con l'articolo 362, è regolato dalla procedura particolare ordinata su questo proposito dall'articolo 363.

Altro privilegio particolare al Codice di commercio, ma che però ha un diretto appiglio con l'articolo 1958, n. 9° Codice civ., è quello dell'articolo 412, relativo al vettore, e riguardante i crediti dipendenti dal contratto di trasporto; questo privilegio si intende sulle cose trasportate sino alla riconsegna al destinatario.

A questo credito privilegiato è fatto un particolare trattamento che si ricava dal coordinamento dell'articolo 413 coll'art. 71 dello stesso Codice di commercio; ed è soggetto per la procedura alle stesse norme stabilite dall'articolo 363, quanto al credito privilegiato speciale del mandatario commerciale.

Le regole particolari che il legislatore commerciale ha sancite, quanto ai privilegi propri del diritto marittimo, sono contenute nel capo I *Disposizioni generali* del tit. IX, libro II, Codice di commercio. In esse, oltre la prelazione dei crediti privilegiati secondo le disposizioni dell'articolo 666, il privilegio di tali crediti si esercita, in ogni caso di deterioramento o diminuzione della cosa sulla quale esiste il privilegio, su ciò che avanza o viene ricuperato o salvato; è quindi di natura affine all' ipoteca, la quale, come ognuno sa è *tota in toto* e *tota in singula parte*. Poi il creditore avente privilegio sopra una o più cose, qualora sul prezzo di esse sia vinto da un creditore il cui privilegio si estenda ad altri oggetti, si intende surrogato nel privilegio a questo spettante. Eguale diritto hanno ancora gli altri creditori privilegiati che rimangono perdenti in seguito alla detta surrogazione (articoli 667 e 668 Codice commerciale). I crediti privilegiati nello stesso grado concorrono tra loro, in caso d'insufficienza della cosa, in proporzione del loro ammontare se sono creati nello stesso porto. Ma se, essendosi ripresa la navigazione, simili crediti sono

creati posteriormente, i creditori posteriori sono preferiti agli anteriori (art. 669); così assistiamo alla inversione della regola comune nella classificazione dei privilegi ed ipoteche di pari grado, *prior in tempore potior in jure*. Con lo stesso grado del capitale sono collocate le spese fatte da ciascun creditore per il suo concorso alla procedura, e gl' interessi, qualora siano dovuti per l'ultima annata e per quella in corso alla data del pignoramento, del sequestro o della vendita volontaria. Se il titolo del credito privilegiato è all'ordine (ossia un biglietto all'ordine), la girata di esso produce anche il trasferimento del privilegio (articoli 669 e 670). Del resto ognuno dei capi 2°, 3° e 4° di questo stesso titolo IX del Codice commerciale ordina la prelazione dei vari privilegi che enumera colla solita norma della progressione aritmetica dei numeri (1).

303. *Eccezioni e modificazioni a quel sistema portate dalla legge commerciale. — Importanza dell'articolo 773.* — Abbiamo veduto finora, nel lunghissimo paragrafo che precede, come sia regolato nelle sue linee principali, il sistema dei privilegi nel diritto civile e nel diritto commerciale italiano. Vedemmo, altresì, in quali parti i privilegi del diritto civile sui mobili si applicano, nel diritto commerciale, al caso del fallimento; e quali modificazioni vi abbia apportato il legislatore commerciale con le disposizioni contenute nell'articolo 773. Di questo articolo abbiamo così esaminato, diremo, il prologo, che è costituito dalla disposizione del suo alinea: e la importanza di questo articolo ne appare intiera, quando si consideri che per quella disposizione diventano applicabili al diritto commerciale nella procedura del fallimento, e più particolarmente alla graduazione dei vari crediti ammessi al passivo e concorrenti alla distribuzione dell'attivo, le regole ed i privilegi propri al diritto civile, in tutti quei casi in cui le particolari disposizioni del Codice di commercio o le modificazioni arrecate appositamente alle analoghe disposizioni del Codice civile, non abroghino o deroghino a quel sistema.

E l'articolo 773, appunto, in alcune sue parti abroga le disposizioni del Cod. civile riguardo ad alcuni privilegi; in altre vi deroga soltanto. Ad es.: una deroga alla regola del Codice civile in fatto di privilegi è quella contenuta al numero 2° del detto art. 773; perchè questo numero discende dal num. 3° dell'art. 1958 del Codice civile, del quale non è che una conseguenza. La deroga, come si è diggià accennato, consiste in ciò, che mentre per l'ultimo comma di quel numero dell'art. 1958 il creditore ha il *jus persequendi*, sull'oggetto del suo privilegio dovunque questo si trovi, anche se sull'oggetto altre persone abbiano acquistato diritto, salvo però sempre il diritto di questi terzi; il numero 2° dell'articolo in esame stabilisce, invece, che appunto il privilegio del locatore, com'è regolato dallo articolo 1958, n. 3° del Codice civile, non si estende alle merci uscite dai magazzini o dai luoghi d'esercizio commerciale o industriale del conduttore, allorchè su di essi i terzi abbiano acquistato diritto, salvo il caso di sottrazione fraudolenta. Il carattere di questa deroga o modificazione del disposto dell'art. 1958, n. 3° è quello che le deriva dai caratteri speciali delle traslazioni di proprietà del diritto commerciale; è la conseguenza della forma giuridica e del concetto particolare della compra-vendita, questa considerata come il prototipo delle traslazioni di proprietà in *utroque jure*, nella teoria del diritto commerciale. Essa è apoditticamente scolpita nel testo dell'articolo 59 del Codice di commercio vigente: « La vendita commerciale della cosa altrui

(1) Sul credito privilegiato dalle persone dell'equipaggio della nave rimandiamo il lettore al nostro « Arruolamento d'equipaggio » nel *Digesto Italiano*.

è valida „ e tutte le disposizioni che si contengono nel titolo VII del libro I del Codice di commercio sono informate a questo principio, che pur sembra ripugnante al concetto che domina invece il medesimo istituto nel diritto civile e che nel nostro Codice è precisato in un assioma dell'art. 1459: " La vendita della cosa altrui è nulla „, assioma opposto, come si vede, a quello dell'art. 59 del Codice di commercio. Non ci indugieremo a mostrare a quali principî e a quali esigenze abbia dovuto sacrificare il legislatore commerciale il concetto purissimo della vendita come era esposto dal legislatore civile; converrebbe per far ciò celebrare le nozze della storia del diritto commerciale con il principio filosofico che domina il diritto civile: ed allora, dalle modificazioni che i principii massimi del civil giure dovettero subire nella lunga e costante elaborazione su di loro esercitata dai consolati mercantili delle grandi città commerciali del medio evo, e dai non bene compresi elementi che la evoluzione economica cominciatasi intorno al X secolo in Italia, gettò nelle leggi barbariche, risuscitando il culto del diritto romano, e su quello rivelando la nuova gloria italiana delle legislazioni statutarie dei Comuni, sarebbe facile assurgere all'idea filosofica, che pur si cela nelle banali parvenze del diritto commerciale. Dal concetto che escludeva per la validità della vendita nel diritto commerciale la proprietà dell'oggetto venduto, in chi a quella vendita addiveniva come elemento indispensabile, sostituendovi invece un' ampia interpretazione dell'idea di possesso, interpretazione che fu poi accolta nel diritto civile nel famoso aforisma, che in fatto di mobili il possesso vale titolo (Cod. civ., art. 707), facilmente derivò, come doveva derivare, un'estensione di quel principio a tutti gli atti del diritto commerciale nei quali si ha una traslazione di proprietà; e fra questi ecco in qual guisa riscontriamo, quando meno era da attendersi, applicato il famoso principio al caso del fallimento, al caso di un credito privilegiato, pel quale l'esercizio del privilegio rimane annullato quando altri cui non si possa apporre l'eccezione di frode, siano venuti in possesso degli oggetti su cui cadrebbe il privilegio del creditore

Così il Codice civile, parlando, nel titolo I del libro II, capo I " dei beni immobili „, non parla specificatamente delle macchine fra i beni immobili per destinazione; e quindi, all'articolo 1958, pur parlando degli immobili per destinazione quanto ai privilegi di cui essi possono trovarsi oggetto, non menzionò le macchine necessarie alla industria dell'affittuario o pigionale. Ed invece il Codice di commercio completò, con la disposizione dell'art. 773, n. 3°, la enumerazione degli immobili per destinazione fatta tassativamente, a quanto parrebbe, dagli articoli 408 a 413, inclusivamente, del Codice civile; nella quale non si fa cenno di macchine. Poi completò, e ciò logicamente, il numero dei privilegi elencati all'articolo 1958 del Codice civile, mettendo a parità di ordine il privilegio sulle macchine col privilegio del credito della persona a cui favore fu costituito, sopra i mobili di cui il creditore è in possesso (art. 1958, n. 6° Codice civile). Questo completamento del diritto civile fatto dal diritto commerciale, è tanto più rimarchevole in quanto che riflette le condizioni particolari della vita industriale de' nostri giorni; condizioni che, come non erano state avvertite dal legislatore civile italiano del 1865, e da nessun altro legislatore in materia civile di quell'epoca e delle precedenti, non lo erano state neppure dal legislatore del Codice di commercio del 1865 in Italia, e da nessuno de' suoi confratelli che legiferarono allora o prima in Europa. Ragione questa per cui nè il Codice di commercio nè il Codice civile francese, parlando delle macchine, nell'esercizio delle industrie o nella enumerazione degli immobili per destinazione.

Non è certo il caso di sollevare critiche od

apologie, per ciò che ha fatto il legislatore commerciale italiano del 1882; perchè sarebbe stato meritevole d'ogni più gran rimprovero se, di fronte al maraviglioso progresso della meccanica industriale, ed al risveglio pieno di buone promesse del novello regno italico, il legislatore avesse trascurato di regolare quei rapporti di credito che potevano nascere tra chi forniva le macchine per l'industria e chi l'industria stessa per lucro esercitava.

Gli accenni che abbiamo fatto alla condizione delle leggi commerciali straniere portano alla materia regolata dall'art. 773 del vigente Codice commerciale italiano, ci portano ad esporre, brevemente, i principii delle principali tra esse, quanto ai crediti privilegiati sui mobili.

Il Codice di commercio italiano del 1865, all'articolo 664 contiene una disposizione analoga a quella dell'articolo 773, n. 1° del Codice vigente. Vi si dice che il salario, dovuto agli operai impiegati direttamente dal fallito, durante il mese che ha preceduto la dichiarazione di fallimento, è ammesso fra i crediti privilegiati nello stesso grado dal privilegio stabilito dall'articolo 1956 del Codice civile per i salari dovuti alle persone di servizio. Il salario, dovuto ai commessi per i sei mesi che hanno preceduto la dichiarazione di fallimento, è ammesso allo stesso grado.

Nella prima parte di questo articolo, più che di analogia, devesi parlare di identità tra il disposto in esso contenuto è quello della prima parte, n. 1°, art. 773 Codice di commercio vigente.

Il legislatore del 1882 parificò nel privilegio dell'articolo 664 Codice abolito, ai commessi gli institori, che da quel legislatore erano stati dimenticati. Ed il legislatore del 1865 non parlava di alcun altro privilegio, rimettendosi a ciò che in proposito di tal materia disponeva il Codice civile. L'articolo 549 del Codice di commercio francese, contiene la precisa disposizione dell'articolo 604 del nostro Codice del 1865. Però, convien notare che una recentissima legge, in data 4 marzo 1889, ha modificato l'articolo 549 del Codice di commercio. L'articolo 22 di quella legge dispone che: " L'article 549 du Code de commerce est modifié ainsi qu'il suit: Art. 549. Le salaire acquis aux ouvriers directement employés par les débiteurs, pendant les trois mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite, est admis au nombre des créances privilégiées, au même rang que le privilége établi par l'article 2101 du Code civil pour le salaire des gens de service. Les salaires dus aux commis pour les six mois qui précèdent le jugement déclaratif, sont admis au même rang „ (1).

Le modificazioni che la nuova redazione dell'articolo 549 del Codice di commercio francese, apporta alla materia regolata dallo stesso articolo, nella sua precedente redazione, consistono: 1° nella estensione del termine concesso agli operai impiegati dal fallito, pell'esercizio del loro privilegio; il mese che l'antico articolo 549 concedeva per il privilegio dei salari è diventato trimestre; e certo, quantunque non sieno che ragioni d'opportunità che hanno mosso il nuovo legislatore francese a tale riforma, non si può trovar soverchia quella estensione nuovamente accordata al privilegio, dacchè la equiparazione che si fa degli impiegati dell'articolo 549 del Codice di commercio francese (664 Cod. commercio italiano 1865, 773, n. 1°, id. 1882) alle persone di servizio, nominate nell'articolo 2101 Cod. civ. francese (1956, n. 4°, Cod. civ. italiano), doveva piuttosto partorire l'ugua-

(1) Art. 549 Codice comm. francese, nella sua prima redazione:

" Le salaire acquis aux ouvriers employés directement par le failli pendant le mois qui aura précédé la défaillite sera admis au nombre des créances privilégiées au même rang que le privilége établi par l'article 2101 Code civil pour le salaire des gens de service..... „.

glianza del tempo per cui si muniscono di privilegio i crediti di tali persone, che non una diminuzione a danno di chi fu impiegato direttamente dal fallito; ed in ciò il legislatore francese del 1889 ha operato meglio assai del legislatore commerciale italiano del 1882.

La seconda modificazione da questa recentissima legge francese portata all'antico articolo 549, è quella per cui si parificò al caso di fallimento, il caso di liquidazione giudiziaria, per gli effetti del privilegio concesso ai crediti di cui ivi si parla. Perchè poi il legislatore francese nella recentissima modificazione a questo punto della legge commerciale non abbia, parificando gli institori ai commessi del commerciante, privilegiati i crediti dei primi come sono privilegiati quelli dei secondi, non si riesce a comprendere: tanto più, che l'esempio di una simigliante riforma eragli data dal disposto dell'articolo 773, n. 1° attuale Codice di commercio italiano.

La legge austriaca del 1869 sul fallimento dà norme al tutto speciali per ciò che riguarda la liquidazione del passivo e la distribuzione dell'attivo, quanto ai creditori con pegno od altro privilegio sopra i mobili, o con ipoteca o privilegio sopra gli immobili. Il § 138, distinguendo i creditori reali dai creditori di massa o chirografari, stabilisce che per simili creditori, garantiti con pegno, privilegio od ipoteca, restino inalterate le norme di competenza e di procedura vigenti all'infuori del caso di fallimento. Il paragrafo 147 al suo numero *d*), autorizza il giudice delegato a far riscattare i pegni quando ciò torni favorevole alla massa. Un particolare disposto di codesta legislazione è quello regolato dal § 163 al § 167 inclusivamente; perchè vi si regola, separatamente da ogni altro, il soddisfacimento dei creditori reali del fallito, come dal § 160 al § 162 inclusivamente, si regolano gli interessi dei creditori chirografari o della massa. Il § 163 stabilisce che l'esercizio del diritto spettante ai creditori reali, di farsi pagare di preferenza sopra gli enti mobili ed immobili di loro cauzione, non deve venire pregiudicato dalle disposizioni della comunione dei creditori sopra la sostanza del fallito. I corpi morali, qualunque sia la loro natura e qualità, cui dai loro statuti, debitamente approvati e legalizzati dal governo dello Stato, fosse impartito il diritto di farsi pagare senza intervento giudiziale sopra gli oggetti di pegno in loro custodia, sono obbligati solamente a somministrare al curatore del fallimento quelle informazioni sul loro credito, da lui domandate. Invece tutti gli altri creditori pignoratizi, senza distinzione, sieno o non legalmente autorizzati a soddisfarsi sopra gli oggetti del pegno senza intervento della competente autorità giudiziaria, devono denunziare lo stato delle cose al curatore della massa od al giudice delegato. Quei creditori con pegno che non somministrassero, come d'obbligo, le richieste informazioni, o che ammettessero le debite denuncie sono tenuti a rispondere dei danni che da ciò ne risentisse la massa. Ogni creditore pignoratizio è tenuto ad esibire al giudice delegato gli oggetti sottoposti a pegno (§ 164), per la specificazione e la stima. Tanto il creditore quanto il curatore del fallimento sono rivestiti del diritto di ottenere l'asta giudiziale di enti mobili ed immobili; però, il curatore deve sottoporsi alle norme stabilite nei §§ 147 e 148, e il creditore non può valersi del suo diritto che sugli oggetti sui quali questo può esercitarsi. Il curatore, coll'osservanza, quindi, del disposto del § 147, comma e numero *d*) è specialmente autorizzato a riscattare, in ogni tempo, a favore della massa dei creditori qualsiasi oggetto mobile sottoposto a pegno, pagando interamente il debito che al pegno corrisponde. Può, altresì, il curatore pretendere che il creditore pignoratizio rilasci l'oggetto del pegno, quando egli voglia essere ammesso al passivo anche pel residuo del credito non coperto da pegno. Il curatore del fallimento ha facoltà

di subingredire nella procedura esecutiva in luogo di qualunque creditore ipotecario che abbia ottenuto l'incanto esecutivo di un immobile ma ritardi di mandare ad effetto l'asta o d'intraprendere la ripartizione del prezzo di delibera (§ 165). Tra i creditori reali segue poi la ripartizione della massa dell'ente secondo i principii intorno alla priorità, stabiliti nei §§ 31 a 37 (1).

La stessa regola è a seguirsi nel caso in cui, durante il corso della procedura del fallimento, i frutti e le rendite dell'ente non ancora venduto, pervengano a separata ripartizione, tanto in via esecutiva, quanto per disposizione del curatore del fallimento. Però, in quest'ultimo caso, sopra autorizzazione del giudice delegato, il curatore deve separare, sul pagamento dei creditori reali, le rendite già arretrate al tempo dell'apertura del fallimento, come pure i frutti maturatisi e le rendite che vengano a scadenza dopo l'apertura del fallimento (§ 166). In tutte le trattazioni, dirette a definire le pretese dei creditori reali, come tali, in via contenziosa ed esecutiva, segnatamente, poi, al riparto del prezzo di delibera di un ente, i diritti dei creditori del concorso, e quelli del fallito, vengono tutelati e rappresentati dall'amministratore della massa. Al curatore incombe, particolarmente, l'obbligo di far eseguire la consegna alla massa dei creditori chirografari del prezzo di delibera che non occorresse al pagamento dei creditori reali (§ 167). Il sistema della legge austriaca, per quanto manchi di organizzazione e di legame fra le sue parti, pur tuttavia è uno tra i più perfetti e minuziosi del diritto commerciale europeo. Distingue i creditori della massa in tre classi o ranghi; a ciascuna delle quali assicura speciali diritti; diritti di preferenza su tutti i creditori o di una classe su un'altra, come diritti di preferenza di un creditore su un altro o di un creditore su tutti gli altri creditori. Tutto il capitolo secondo coi suoi 27 paragrafi regola codesta materia; e l'applicazione di queste regole generali così stabilite, si trova qua e là richiamata per mettere in correlazione l'esercizio dei diritti concessi, al momento in cui i diritti devono o possono essere esercitati, con la possibilità e la modalità eventuali del loro esercizio. Così, i paragrafi risguardanti il diritto sulla liquidazione dell'attivo da noi riferiti, quelli cioè

(1) Questi paragrafi raccolti sotto il titolo di: *Domande di separato soddisfacimento sopra beni immobili*, al capitolo II di questa legge, stabiliscono che col prezzo della vendita di un immobile gravato da privilegio, si paghino, prima di tutto, in ordine della loro priorità i creditori che su quello sono iscritti; che sieno privilegiati ma dopo i creditori legalmente iscritti, i crediti dello Stato di qualunque natura, derivanti cioè da tasse da imposte dirette od indirette, degli ultimi tre anni precedenti la dichiarazione del fallimento; che i creditori ipotecari non pagati prima siano pagati dopo i crediti dello Stato; che i debiti per tributi, tasse od imposte anteriori a tre anni vengano parificati ai creditori con pegno secondo le regole comuni. Le servitù gravanti sugl'immobili che vengono adibiti al pagamento dei creditori reali, non soffrono alcuna variazione e si conservano sull'immobile, purchè non nuocciano al credito. Non si concede diritto di pegno per interessi arretrati che superino tre anni l'anteriorità alla dichiarazione di fallimento; al pegno per tali crediti si parifica quello per i crediti di somministrazioni, pensioni periodiche od altro. In caso l'anteriorità superi i tre anni i crediti, essi rimangono privilegiati se hanno diritto di pegno, purchè non si esauriscano dai crediti altrimenti privilegiati ed ammessi secondo la priorità, le somme destinate al pagamento dei crediti muniti di privilegio. Le spese di giustizia sono privilegiate al paro dei crediti garantiti con pegno allo stesso grado. Quando un credito sia privilegiato contemporaneamente sopra molti immobili, il pagamento si fa prendendo da ciascuno di questi immobili una quota proporzionale al valore dell'immobile in modo, che la somma di tutte le quote corrisponda all'ammontare del credito. Si può ricevere il pagamento del suo credito su uno solo degli immobili; ed in tal caso rinuncia al suo diritto su tutti gli altri, ai quali allora concorrono, con di lui esclusione, gli altri creditori. Nel primo caso i creditori che vengono dopo lui, quando si sia pagato, gli subentrano nello stesso grado.

dal 163 al 167 inclusivamente, sono sottoposti alle norme stabilite dal capitolo secondo, di cui abbiam parlato in nota. È sopratutto da ricordarsi, riguardo al trattamento delle varie qualità di creditori concorrenti nel fallimento, il particolare diritto accordato ai creditori sudditi esteri, ai quali è dedicato il secondo capo della sezione seconda.

Il legislatore austriaco vi ha tenuto conto dei trattati eventualmente vigenti per il commercio tra lo Stato nazionale e gli Stati esteri; esistendo tali trattati il modo di trattamento si desume da quanto in essi è disposto; questi trattati non esistendo, deve valere la massima che gli stranieri godono nel fallimento pari diritti cogli indigeni, qualora pure a questi sieno nello Stato a cui quelli appartengono, impartiti per legge, in caso di fallimento, diritti pari coi cittadini dello stesso Stato; la qual cosa si presume e la prova del contrario dev'essere data da chi eventualmente si opponga. Nel caso, però, in cui l'opponente sia il giudice delegato che abbia qualche particolar motivo per opporsi o per ritenere il contrario, devesi rimettere lo straniero, che vanta il credito, a dimostrare, mediante documenti pubblici, entro un termine fisso, secondo quali principii, in caso di fallimento, sono trattati i sudditi austriaci nello Stato cui egli appartiene. Secondo tali principii, allora, il giudice delegato accoglie ed ammette lo straniero al fallimento. Occorrendo, si dovrà ricorrere al Ministero di Giustizia per ottenere dilucidazioni in proposito. Le stesse regole sono da seguirsi anche rispetto a quelle pretese che gli stranieri abbiano ceduto ai nazionali, quando, però, la cessione avvenne dopo la dichiarazione di fallimento. Degli altri casi di questo intricato cap. II della legge austriaca parleremo volta per volta esaminando nella nostra legge commerciale quegli articoli che potranno a tali casi corrispondere.

L'Ordinanza germanica del 1877 sul fallimento regola, nei titoli V, VII, VIII del libro I, la materia dei crediti privilegiati e del diritto a tali crediti garantito. Questa legge chiama *pagamento per distrazione*, il pagamento di quei crediti che abbiano una qualche cauzione o garantia sui beni mobili od immobili del fallito; questo pagamento dovrà sempre essere fatto ai creditori di tali crediti, purchè, però, essi lo reclamino e, dato il reclamo, questo venga riconosciuto valido. Tali pagamenti devono comprendere non solo il capitale, ma anche le spese e gl'interessi. Sono pareggiati ai creditori con pegno, l'erario dell'Impero e quello dei singoli Stati della Confederazione, non meno di quello delle amministrazioni provinciali e dei Comuni, per ciò che riguarda la esazione dei varii tributi, e di certe spese, e di certi diritti. Il privilegio pei diritti di dogana non può esercitarsi che nel caso in cui le merci, su cui gravano tali diritti, siano state sequestrate o ritenute. Nella stessa categoria e rango sono posti: il locatore, pel fitto corrente od arretrato come pure per ogni altro credito proveniente dall'affitto; il fittabile, pei crediti che han ragione dal materiale di coltivazione che si trova in loro mani, su questo materiale; i proprietari, pel fitto corrente e per quello dell'ultima annata che precede l'apertura del fallimento, ed anche per gli altri crediti provenienti dal fitto, sugli oggetti che guarniscono l'immobile, quando gli oggetti vi si trovino tuttavia; gli albergatori, per l'alloggio e il vitto dei loro ospiti sugli effetti da questi portati nell'albergo e che vi furono ritenuti; gli artisti, artigiani, operai manovali, per le mercedi o il pagamento dell'opera o delle loro prestazioni sugli oggetti da loro preparati, fatti od accomodati, purchè essi siano tuttavia in possesso degli oggetti; quelli che fecero delle spese a vantaggio di una casa, per l'ammontare del loro credito, purchè non ecceda il superfluo del valor della cosa stessa e questa si trovi a loro mani; quelle persone che hanno crediti garantiti da pegno od ipoteca navale sulla nave, secondo ciò dispone il Codice di commercio su questo punto;

quelle persone che hanno il pegno per il sequestro giudiziale sulle cose adibite al sequestro. Non si calcolano le cessioni fatte da un creditore nazionale ad un creditore estero, dopo l'apertura del fallimento, quando dalla cessione e dal subingresso del creditore cessionario, provenga qualche danno alla massa del fallimento. Nel caso in cui, prima della dichiarazione di fallimento, il fallito abbia adìta una successione ereditaria, i creditori della eredità potranno domandare il pagamento de' loro crediti per distrazione, anche durante la procedura di fallimento. Tale diritto compete anche al comunista non fallito, legato con la comunione dei beni al fallito riguardo ai beni comuni caduti in fallimento. I creditori dei *feudi, maggioraschi* e *fidecommessi* hanno diritto particolare di distrazione sui beni dei feudi, maggioraschi e fidecommessi. Sono privilegiati, sulla massa patrimoniale del fallimento, hanno, cioè, privilegio generale, tutte le spese di giustizia occasionate dalla procedura giudiziaria comune; le spese particolari dovute alla procedura speciale del fallimento; i soccorsi alimentari ed altre pensioni, fatte in favore del fallito e della sua famiglia. Sono debiti della massa, e il credito corrispondente è fornito di privilegio su tutto intero il patrimonio di fallimento, i debiti risultanti dagli affari o dai fatti del curatore; i debiti che han cagione da contratti bilaterali la cui esecuzione torna di favore alla massa, o si effettuerà nel periodo della procedura di fallimento, posteriore alla dichiarazione; i debiti che corrispondono ad un vantaggio di cui profittò, senza averne diritto, la massa. Quando l'ammontare dell'attivo del fallimento non corrisponda allo ammontare del passivo sicchè debbasi far luogo ad una proporzionale e generale riduzione di tutti i crediti, le spese di giustizia, le spese d'amministrazione e di procedura particolare del fallimento e le spese di alimentazione ed altri soccorsi, a beneficio della famiglia del fallito o di lui, vengono pagate per intero e prima d'ogni altro credito. I debiti del fallimento vengono pagati nel seguente ordine e *pro rata*, se vi è uguaglianza di grado: 1° I crediti delle persone di servizio, o servi o domestici, quanto ai salarii o pensioni o mercedi od altri diritti, risultanti dalle loro prestazioni d'opera per l'ultima annata, che ha preceduto la dichiarazione di fallimento o la morte del fallito; 2° I crediti del fisco imperiale, degli Stati della confederazione e delle varie amministrazioni pubbliche, provinciali, circondariali, cantonali e comunali, per le imposte scadute nel corso dell'anno precedente la dichiarazione del fallimento, o che si considerano come scadute, anche se l'esattore avesse diggià versato al fisco l'ammontare dell'imposta; 3° I crediti delle chiese, scuole, associazioni e stabilimenti pubblici d'assicurazione contro gl'incendi, quando tali corpi morali od istituti sieno d'interesse pubblico, o la legge li obblighi ad assumere quelle determinate assicurazioni quanto ai canoni e premi stabiliti per legge o pei loro statuti, per l'ultima annata che precedette la dichiarazione di fallimento; 4° I crediti per le malattie dell'ultimo anno che precedette la dichiarazione di fallimento compresivi medici, chirurgi, farmacisti, infermieri, levatrici, ma tali crediti solo per un ammontare che corrisponda ai prezzi tassati nelle singole tariffe professionali o d'esercizio; 5° I crediti dei figli e minori del fallito, pei beni dei quali il fallito avea l'amministrazione; ma tale diritto di privilegio non si può vantare se non quando nei due anni che precedono la dichiarazione di fallimento o che susseguono alla fine della amministrazione, sia stato incoato il procedimento giudiziale a questo inerente; 6° Vengono infine tutti gli altri debiti del fallimento. Nello stesso ordine si collocano, pel solo capitale, le spese che il creditore dovette sostenere in causa del credito prima della dichiarazione di fallimento; le somme pagabili in forza delle clausole penali del contratto; gli interessi decorsi sino all'aper.

tura del fallimento. Ma sono esclusi, non solo da privilegio ma da ammessione chirografaria al passivo, gli interessi che decorrono dalla apertura di fallimento; le spese che il creditore sostenne per l'insinuazione del suo credito; le ammende; i crediti che risultano da una disposizione del fallito a titolo gratuito, sia fatta per atto tra vivi, che per atto d'ultima volontà. Prosegue, indi, il titolo VIII della legge germanica libro I, in emanare disposizioni, risguardanti la cessione dei crediti da uno in altro creditore, per ciò che riguarda la conservazione e lo esercizio utile del privilegio; la scadenza dei crediti e la decorrenza degli interessi dopo la dichiarazione di fallimento ed in causa di essa; e il modo di valutare i crediti non determinati per valore, o di valore dubbio, non meno che il modo di definire l'ammontare di quei crediti, pei quali non cessi il decorso degli interessi con la dichiarazione del fallimento. Riguardo a questi il § 63 di detta legge stabilisce, che " le percezioni periodiche determinate, tanto riguardo al loro ammontare che riguardo alla loro durata, saranno capitalizzate, addizionando i differenti termini di scadenza e deducendo gli interessi intermedi. Il totale non dovrà eccedere l'ammontare delle percezioni capitalizzate al tasso dello interesse legale „. Altre disposizioni che riguardano i diritti dei creditori muniti di privilegio nelle diverse fasi ed operazioni del fallimento, sono poi dalla legge germanica, disperse qua e là, a seconda parve al legislatore importasse l'indole della disposizione.

Il Codice di commercio dei Paesi Bassi, che nell'art. 774, dichiara nulli il pegno e l'ipoteca concessi sui propri beni dal fallito, quaranta giorni prima della dichiarazione di fallimento, nel caso in cui siano stato concessi in garantia di debiti contratti prima di quell'epoca, o quando lo sieno in garantia di debiti contratti durante quel tempo, ma non esistenti al momento della originaria contrattazione del debito, stabilisce alcune norme particolari riguardo ai crediti garantiti con pegno o privilegio sui mobili o con ipoteca o privilegio sugli immobili, che sembra utile richiamare. Anzi tutto, il fallimento come dispone l'articolo 778, rende esigibili per quanto non ancora scaduti, i debiti passivi, riguardo al fallito. I crediti garantiti con pegno, qualora sia interesse della massa di lasciare il pegno in balìa del creditore pignoratizio, fanno obbligo a quest'ultimo di non reclamare, nella liquidazione definitiva, ciò che non avrà recuperato a mezzo del pegno come creditore chirografario, che su ciò che resta dalla massa. Nel caso, in cui la massa dei creditori ritenga suo interesse di riscattare il pegno, il creditore pignoratizio non ha obbligo di restituirne l'oggetto, sino a quando non gli venga pagata interamente la somma corrispondente al valore del pegno.

Nei crediti garantiti da ipoteca si applicano esclusivamente le disposizioni degli articoli 1259 e seguenti al Codice civile (neerlandese). All'epoca della liquidazione definitiva il creditore ipotecario entrerà nella massa per la somma di cui non avrà potuto rivalersi sul prezzo degli immobili. Per quanto riguarda i rimborsi annuali, mensili ed altri d'identica natura, si applicano le regole prescritte dall'art. 1820 del Codice civile (neerlandese). La sezione V del libro III titolo I dello stesso Codice di commercio, parlando " della ripartizione della massa „, assicura al creditore pignoratario l'esercizio di tutti i diritti che la legge gli consente come non fosse successo alcun fallimento. Non ha obbligo di presentare il suo credito alla verifica. Ma i curatori, possono, con l'autorizzazione del giudice delegato, citare il creditore pignoratizio per obbligarlo a fissare un termine entro il quale debba fare istanza pei suoi diritti; ed alla scadenza di quel termine, quando il creditore non abbia presentata la istanza, i curatori hanno facoltà di reclamare gli oggetti dati in pegno, facendoli poi vendere essi stessi nel modo prescritto dall'articolo

precedente, rimanendo però sempre salvo al creditore pignoratizio l'esercizio dei suoi diritti. Nel caso in cui il creditore pignoratario abbia fatto vendere giudizialmente il pegno, è tenuto a render conto della somma ricavata dalla vendita dell'oggetto del pegno, ed a consegnar loro l'eccedente del prodotto sull'ammontare del debito con interessi e spese compresi. Ma, se il ricavato della vendita non fu sufficiente per compensare il creditore, egli concorrerà, pel resto del credito come creditore chirografario. L'amministrazione del fallimento è in diritto, con l'autorizzazione sul giudice delegato, di riscattare il pegno, pagando interamente la somma garantita con interessi e spese. Per la vendita d'immobili all'asta, quanto a quelli gravati d'ipoteche o privilegio, si osserveranno le norme dell'art. 1255 Codice civile (neerlandese); ed in alcuni casi il creditore ipotecario può agire pel ricupero del suo credito come se non fosse avvenuto alcun fallimento; però, oltre all'osservanza delle norme in proposito stabilite dal succitato art. 1255, dovrà far notificare all'amministrazione del fallimento il giorno della vendita, almeno trenta giorni prima di quello della aggiudicazione; gli obblighi del creditore pignoratizio quanto al sovrappiù di prezzo ricavato dalla vendita del pegno, sono comuni nell'identico caso col creditore ipotecario. Sono estensibili pure a questo creditore i diritti dell'amministrazione del fallimento per ciò che riguarda il termine entro cui il creditore pignoratizio può essere obbligato ad addivenire alla vendita dell'oggetto del pegno; anche il creditore ipotecario sarà ammesso alla massa come chirografario, quando l'immobile dell'ipoteca non corrispose, col suo valore di vendita, all'ammontare del debito.

Ai curatori della massa è assicurato il privilegio generale, *potiore* su tutti, per le spese dell'amministrazione e per la retribuzione loro dovuta. Ogni creditore privilegiato conserva, in ogni caso, il suo diritto sul prodotto dell'oggetto o degli oggetti sui quali il suo privilegio era fondato, finchè restano danari della massa, a qualunque titolo. Ogni creditore ipotecario, il cui credito non fu verificato in tempo, conserva tutti i suoi diritti sull'oggetto dell'ipoteca anche se è stato venduto, ed in questo caso può farli valere nella stessa maniera che si è detto pel creditore privilegiato. Ogni creditore garantito da cauzione (sorta di pegno), partecipa alla massa del fallimento come creditore chirografario sull'intero suo credito, dedotto però l'ammontare della cauzione. Come si vede, il sistema del Codice dei Paesi Bassi è il più incompleto, perchè non parla affatto della graduazione dei crediti privilegiati; ond'è a credere, che le regole del diritto civile, in fatto di privilegi e di ipoteche, sieno pienamente applicabili alla analoga materia nel diritto commerciale.

Come abbiamo diggià accennato la legge inglese del 1883 sul fallimento, stabilisce due diversi sistemi di verificazione dei crediti; una che si usa nella verificazione dei crediti chirografari; l'altra (*Proof by secured creditors*), che si usa per la verificazione dei crediti garantiti con qualsiasi mezzo legale di garantia. È assicurato a tale categoria di creditori il diritto di valersi dell'oggetto della garantia per venderlo e pagarli col prezzo di esso; nel caso in cui il prezzo sia insufficiente allo ammontare del credito, essi concorrono pel residuo come gli altri creditori chirografarii. Se il creditore, come lo può, rinuncia alla sua garantia, è ammesso senz'altro al passivo per l'intero ammontare del suo credito come chirografario. Nel caso in cui il creditore garantito nè venda l'oggetto della garantia, nè lo rinunci a beneficio della massa, deve dichiarare per qual valore egli se lo aggiudichi; in tal caso il sindaco può riscattare la garantia pagando quel valore, o iscrivere il creditore per quello, ritirando l'oggetto o, infine, chiedere una stima giudiziale dell'oggetto, sia per farlo poi vendere non ostante il creditore o per riscattarlo, o iscriverlo

pel valor residuo del credito. Però, anche al creditore garantito è fatta facoltà di fissare al sindaco un termine entro cui ei debba decidere se intende riscattare l'oggetto della garantìa, od aggiudicarlo o venderlo al pubblico incanto. L'articolo 40 di questa legge ordina, sulla distribuzione del prezzo dei beni del fallito, i diritti di prelazione di certi crediti a cui attribuisce privilegio. Sono privilegiati avanti tutti, i crediti delle contribuzioni delle parrocchie e delle contribuzioni locali dovute dal fallito da un anno prima della dichiarazione di fallimento, e i crediti delle varie imposte (*assessed taxes, land tax, property or income tax*) alle quali il fallito era tenuto fino al giorno 5 d'aprile, precedente la data della dichiarazione di fallimento, e che non constino, nel cumulo, di più che un'annualità poi, crediti per il salario o il mensile degli impiegati (*clerck*) o dei domestici (*servant*), i quali però non rimontino ad oltre quattro mesi prima della sentenza dichiarativa di fallimento (*ordinanza di sequestro = reiceving order*), quando non superino le 50 sterline. Ugual privilegio hanno i crediti degli operai giornalieri (*labourer*) non eccedenti le 50 sterline, e dovuti per salarii o mercedi dei quattro mesi immediatamente precedenti la dichiarazione di fallimento: i lavoratori agricoli godono di un trattamento diverso. Alcune altre ragioni di privilegio, per quanto non apertamente dichiarate, si riscontrano negli articoli 41, 42, 52 § 2, 125 § 7 della stessa legge; la quale, però, segue, disgraziatamente, la regola stabilita al § 4 dell'art. 40, secondo cui tutti i debiti ammessi alla fallita sono trattati *paripassu*, come dice il legislatore Britannico.

Le legislazioni commerciali, belga, mussulmana ed egiziana seguono precisamente il sistema del Codice francese prima della modificazione del 1889, con alcune leggiere varianti, relative, più che altro, al correlazionamento della legge commerciale con la legge civile per l'analogia della materia.

304. *L'articolo* 1956 *del Codice civile, il numero* 1° *dell'articolo* 773 *del Codice di commercio e i salari lucrati dalle persone impiegate dal fallito direttamente, nel mese che precede immediatamente la dichiarazione del fallimento.* — Si vide e si disse che nelle modificazioni ed aggiunte, che il legislatore dell'attual Codice di commercio italiano aveva arrecato al sistema dell'ammessione dei privilegi, com'era regolato dal Codice abolito all'articolo 664 e seguenti, nessuna, o di lieve momento, era stata fatta all'articolo 664, che corrisponde, appunto, al numero 1° dell'articolo 773. E la Commissione del 1869 (1), detto che il Codice di commercio, nel determinare l'influenza dei privilegi e delle ipoteche nei casi di fallimento ha soltanto lo scopo di stabilire alcune modificazioni particolari ai principî di diritto comune, dettati dal Codice civile; e detto dell'opportunità, proposta ma non riconosciuta nè accolta, di riunire tutta la materia de' privilegi del diritto commerciale in un solo titolo del libro I del Codice di commercio, scrisse: " Dacchè, per altro, la vera importanza delle disposizioni relative ai crediti privilegiati, oltrechè nei casi di concorso di più crediti sulla nave (rispetto ai quali vale il principio della limitata responsabilità dei proprietari), si manifesta quasi esclusivamente nei casi di fallimento, dovendo il commerciante in condizione normale pagare senza limitazione tutti i suoi creditori, non credesi necessaria una sì grave alterazione nell'ordinamento del Codice vigente (1865, abolito). Ritenuto però che l'articolo 664 (1865) già contiene alcune disposizioni eccezionali al diritto comune e nulla osta che vi sieno aggiunte tutte quelle altre, che potessero apparir necessarie..... „ sembrò opportuno di dare all'articolo 773 che nella mente del legislatore

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 882.

del 1882 corrisponde a quello 664 del Codice del 1865, quella estensione che oggi consideriamo. "

Poi la Commissione s'avvide che " le difficoltà alle quali potrebbe dar luogo l'applicazione del privilegio stabilito nel n. 4° dell'articolo 1956 (Codice civile), per i salari degli operai e dei commessi commerciali, sono prevenute dalle disposizioni del citato articolo 664 (Cod. 1865), dietro criteri ispirati alla più evidente opportunità. Esse perciò devono essere conservate, con quei soli cambiamenti di redazione che saranno necessari, acciò la denominazione *commessi*, colla quale in esse sono designate le persone che cooperano alla trattazione degli affari del commerciante, sia messa in armonia con le denominazioni da adottarsi nelle disposizioni concernenti i rapporti di dipendenza commerciale intorno alle quali, la Commissione non ha ancora deliberato „ (1).

Frutto di queste tardive deliberazioni si fu l'aggiunta degli *institori* al godimento del privilegio, dapprima limitato ai soli commessi del commerciante; e l'estensione fu appunto ulteriormente fatta, in considerazione di quei rapporti di dipendenza commerciale a cui la Commissione alludeva, e che realmente, nella sostanza delle cose, parificano commesso ed institore nella vita commerciale.

Chi siano i commessi e chi gli institori, nessuno fra i nostri lettori vorrà apprenderlo da noi, essendo questa cognizione fra le elementarissime, per ciò che riguarda le *persone* nel diritto commerciale; quindi passiamo tosto al nocciolo della questione. Vedemmo quali privilegi ordini l'art. 1956 del Codice civile e qual sia la loro natura giuridica e la loro intensità. E il legislatore commerciale, riferendosi, per gli *impiegati* del commerciante, a quello che il legislatore civile ha disposto al n. 4° di quell'articolo, ntese estendere così come ivi si trovano il privilegio e i mezzi del suo esercizio, alle persone che, in qualità d'*impiegati*, furono *direttamente* al servizio del commerciante durante il mese che ha preceduta la dichiarazione di fallimento. La parificazione di questo credito proprio al diritto commerciale nel privilegio concesso alle persone di servizio, è completa, per ciò che riguarda il grado del privilegio nuovamente concesso. Perchè il legislatore commerciale lo ha non solo aggiunto alla categoria dei privilegi generali sui mobili, ma lo ha messo " nello stesso grado del privilegio stabilito nell'articolo 1956 del Codice civile per i salari dovuti alle persone di servizio „: e, cioè, al privilegio che porta il n. 4° di quell'articolo. Ma la perfezione dell'agguagliamento cade se noi guardiamo alla estensione *utile* nel tempo per cui il credito guadagna il privilegio; ed allora dobbiamo riconoscere che il legislatore commerciale ha ristretto di troppo, e senza sufficiente giustificazione, quel tempo che al legislatore civile era sembrato concessibile agli scopi dell'art. 1956, n. 4°. I sei mesi di salario arretrato ai quali, quanto alle persone di servizio (intendasi *domestici*), del debitore il Codice civile ha fatto il privilegio generale sui mobili, diventano *un solo mese* pel Codice di commercio, e ciò non è tutto; ma bisogna che quel mese preceda la dichiarazione di fallimento. Ora, a questo proposito, si avvertano le due epoche che, prima che si inauguri la vera procedura normale del fallimento, possono trovarsi di fronte; e si deducano le conseguenze che derivano dall' applicazione di ognuna di esse, come termine *ad quem*, per l'esercizio e la validità del privilegio di cui si parla. Può darsi che la dichiarazione di fallimento retrotraendo, vivente il fallito, la data della cessazione dei pagamenti a quel massimo di tre anni che la legge consente, deduca lo stato di fallimento appunto a tre anni più addietro che non la data della dichiarazione di fallimento. Allora la ces"

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 832.

sazione dei pagamenti, portata a tanta distanza dal momento in cui avvenne il fatto specifico, che determinò la dichiarazione del fallimento, può comprendere il salario di più mesi delle persone direttamente impiegate dal commerciante, salario che ha pur la stessa cagion morale d'essere accolto non solo, ma accolto con privilegio per lo intero suo ammontare, come sono accolti tutti gli altri debiti che per altre prestazioni fatte al fallito nel corso di quei tre anni, possano essere posti a carico di costui.

E la legge francese che, come si è visto, nel 1889 triplicò il termine che il nostro articolo 773 concede come privilegio, ha intuito, con maggior precisione e con più lodevole interessamento alle ragioni di credito delle persone, che vivono unicamente della prestazione della loro fatica, quale doveva essere l'obbligo di un'equa legislazione, in fatto di privilegio per le persone agguagliate alle persone di servizio del commerciante. Giacchè, se àvvi una ragione per ritenere migliore un *jus* privilegiato che non un *jus* comune, nella considerazione del beneficio che chi è rivestito del privilegio debba ritrarre da questo, tale ragione deve fondarsi in questi due principii: 1° nell'entità del danno che il creditore risentirebbe, quando non potesse esser pagato dell'aver suo a preferenza di ogni altro; 2° nella irrimediabilità della perdita per una maggior attività posteriormente usata dal creditore, per rimarginare gli strappi fatti ai suoi scarsi ed unici interessi economici. Perchè, se ad un individuo ricco, agiato o in condizione di poter facilmente procurarsi lauti guadagni, la perdita eventuale di una parte del suo patrimonio per la decozione o il fallimento d'un debitore, può arrecare un danno corrispondente ai lucri di alcuni anni che si calcoleranno perduti; invece, a chi non ha che il lavor suo e i pochi guadagni che questo lavoro materiale, venduto a mercede, può procurargli, quando gli sia negato il pagamento della mercede dovutagli, è arrecato un danno immensamente superiore a quello di qualsiasi altro creditore, appunto, perchè il carattere saliente di quel danno è la irrimediabilità, e la provincia economica su cui riflette il suo malefico influsso è la intera condizione economico-finanziaria del paziente.

Il Boulay-Paty, riconoscendo che i privilegi vengono ordinariamente sanciti dal legislatore in vista di giustissime ragioni di equità o di umanità, scrive che " .....l'humanité voulait qu'on asdurât à des journaliers, à des hommes nècessiteux, qui ont consacré au failli leurs temps et leur soins, le remboursement intégral de leurs salaires „ (1). Ed appunto è il rimborso integrale del loro salario, per quanto fosse esteso nel tempo, che il legislatore doveva privilegiare su tutti gli altri crediti di fronte al debitore fallito. Perchè può darsi che essendo, e ben di spesso occorre, fissata alle persone nella qualità d'operai direttamente impiegate dal fallito, una retribuzione mensile, non solo non sia loro stata pagata tale retribuzione per l'ultimo mese che precede la dichiarazione di fallimento, ma che non siano loro stati pagati che degli acconti sul salario mensile di un lungo periodo anteriore alla dichiarazione stessa, anche ulteriore alla data della cessazione dei pagamenti.

Allora noi, per nostro sentimento, veniamo alla conclusione che dovevasi il salario delle persone di servizio, di cui parla il numero 1° dell'art. 773, privilegiare per l'intero suo ammontare o, quanto meno, per quella somma, la causa cronologica della quale fosse compresa tra la data della cessazione dei pagamenti e quella della effettiva dichiarazione del fallimento. La parifica che il legislatore commerciale ha fatto delle persone che ei chiama " *impiegati* „ colle *persone di servizio* del debitore, quali sono quelle a cui accorda il pri-

(1) Op. cit., vol. II, pag. 321, n. 353.

vilegio pei loro salari semestrali il n. 4° dell'art. 1956 del Codice civile, dà perfetta la qualità di tali persone, per quanto la voce usata dal legislatore sia poco adatta a significare la umilità dei servigi, prestati da simili impiegati; devesi intendere che costoro vanno annoverati fra quelle persone che prestano *servitia sordida*, ossia facchini, imballatori, carrettieri, artigiani cui il commerciante stipendia per le necessità varie del suo commercio. Ma il legislatore ha messo una condizione particolare perchè tali persone possano godere del privilegio di cui si parla; e tale condizione è indicata dalla parola *direttamente* che il legislatore affisse alla qualità delle persone cui rivolge la disposizione degli articoli 1956, n. 4° del Codice civile e 773, n. 1° del Codice di commercio. Ed è unanime il consenso degli autori (1) nel ritenere che non possano valersi del privilegio tutte quelle persone le quali, pur prestando la loro opera a vantaggio del commerciante attualmente fallito, non la prestino a lui *direttamente*, ossia sotto la immediata di lui dipendenza e direzione. Che, se un commerciante avesse affidata l'impresa dei trasporti delle sue merci ad un imprenditore di trasporti, e per l'opera, prestata per conto dell'imprenditore nel disbrigo della impresa, e devoluta a vantaggio del commerciante, codesti operai volessero presentare i loro crediti, per non lucrate mercedi, in confronto del fallito; ciò, evidentemente, non potrebbero. Questa condizione imposta dal legislatore commerciale francese nell'articolo 549, avanti la modificazione della legge 4 marzo 1889, fu riprodotta dal legislatore italiano del 1865 e conservata dal legislatore del 1882. Invece, nella redazione nuova dell'art. 549 fatta con la detta legge 4 marzo 1889, vediamo scomparsa dalla legge commerciale francese quella condizione: sicchè è a ritenersi che, data l'interpretazione che da tutti i commercialisti francesi facevasi dell'art. 549 nella antica sua redazione per riguardo alla parola " *directement* „ sia sparito quel limite che intendevasi opposto ad invasioni di privilegi di non immediati creditori del fallito commerciante. Il Boistel (2), che commentò l'articolo 549 nella sua nuova redazione, non analizza questo punto; e, mentre si dilunga ad elucidare parti che non possono sollevare alcun dubbio, trascura quella che è pure di tanta importanza. Noi riteniamo che, per il generale principio di diritto, secondo cui le obbligazioni obbligano immediatamente i soli contraenti, sia conservata, anche di fronte al nuovo articolo 549 francese, la precedente dottrina.

Questione di non molta entità è quella per cui si tenta di sollevare dubbii circa la voce " impiegati „, che il legislatore aggiunse all'altra " operai „; e, meglio, sulla comprensività della voce stessa. Il che sembra a noi risolto dalla semplice lettura; intendendosi *operai* quelle persone che prestano un'opera puramente *manuale* a vantaggio del commerciante che le impiega; e, quindi, nel caso del fallimento di un industriale non solo gli operai *semplici*, diremo, o *inferiori*, godranno del privilegio; ma anche i capi officina, " *les contre-maîtres* „ del linguaggio industriale francese, come persone che, pur prestando un'opera che richiede buona parte di lavoro intellettuale, pure tale lavoro e tale applicazione rivolgono unicamente al lavoro manuale degli altri, di cui hanno la sorveglianza e la

(1) BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 321, n. 358; RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 211 a 213; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 171 e seg., §§ 1855 a 1859; BÉDARRIDE, op. cit., vol. III, pag. 32 a 34, n. 937 a 940; DALLOZ, op. e voce citate, § 1056, 7°; VIDARI, op. cit., vol. VII, pag. 494, § 4605; PAGANI, op. e fasc. citati, pag. 110, n. 78 *b*); MASI, op. cit., vol. II, pag. 229-230, 2°.

(2) *Manuel de droit commercial*, p. 584, n. 1017, pag. 34, n. 70-2. Paris, 1890, E. Thorin, éditeur.

direzione (1); tanto più, che queste persone non potendo certamente comprendersi fra i commessi e neppure, *a fortiori*, tra gli institori, rimarrebbero esclusi dal privilegio che troppo chiaramente loro compete.

Si dubitò quale dovesse essere la qualità e la forma della retribuzione ed il modo di essa, per attribuirle il nome e il carattere di salario. Ma la dottrina che abbiamo citata più sopra ha risolto il quesito, stabiliendo, giustamente, che ogni genere di retribuzione fatta a persone che locano l'opera propria a servizio o vantaggio di altre persone, e da ciò ritraggano i mezzi del loro sostentamento, debba agli effetti dell'art. 773, n. 1° Codice di commercio, aversi per *salario*, sia tal retribuzione pagata giornalmente, settimanalmente, mensilmente od a periodi maggiori (2). Tuttavia rimane insoluto il problema che riguarda le retribuzioni, il cui periodo di scadenza supera il mese, che è il solo periodo che il legislatore commerciale italiano consideri. Perchè, se la pattuizione del pagamento della mercede dovuta agli operai, direttamente impiegati dal fallito, importa un pagamento trimestrale, potrà l'operaio, creditore di questi tre mesi di salario, pretendere il privilegio generale su tutti i mobili, al quarto grado? Noi non ne dubitiamo; giacchè, pur ossequiosi alla massima "*privilegia sunt stricti juris nec extenduntur*", non possiamo credere che il legislatore, mosso come fu da un sentimento giustissimo d'umanità nel concedere il privilegio di cui si tratta, abbia poi voluto renderne illusorio il vantaggio, applicando *strictissimo jure*, la limitazione del tempo. Il Vidari (3) sembra propenso a credere che, appunto debba essere la interpretazione *strictissimo jure* quella da farsi al termine dalla legge concesso; ma le ragioni addotte in appoggio di simile tesi, non presentano validità; giacchè, se il criterio messo innanzi dal Vidari, circa il pericolo di un debito troppo ingente rappresentato da un cumulo di non pagati salari da più che un mese, lo si oppone agli operai, per un sentimento di equità converrebbe opporre lo stesso criterio ai debiti chirografari, o ipotecari quando superassero un certo ammontare, sì da ridurre, senz'altro, tutti quelli che si presentassero più ingenti della cifra dal legislatore o dal giudice fissata. Così, l'assurdo sarebbe completo ed, almeno, spoglio di quella palese iniquità che la opinione del Vidari gli ha inopinatamente assicurata. Noi, ritornando sull'orme nostre, crediamo che la mente del legislatore commerciale, considerando anche le ragioni che lo mossero a sancire il disposto dell'art. 763, n. 1°, debbasi interpretare in modo che il mese posto ivi a limite della fruibilità del privilegio, sia un termine di assorbimento, diremo così, per tutti i crediti a titolo di scaduti e non pagati salari; sicchè, tutti quegli operai, che, direttamente impiegati dal fallito prima della dichiarazione del fallimento, da un mese, contando dalla data della dichiarazione stessa, non abbiano percepiti quei salari che loro sono dovuti, secondo i patti o il contratto della loro prestazione d'opera, vengano ad essere rivestiti del privilegio.

Ad ogni modo, data la interpretazione rigorosissima del Vidari, dato che, per quella parte che eventualmente superasse il mese di salario privilegiato, non fosse accoglibile il privilegio, non si potrebbe, nè conforme alla equità, nè conforme alla legge scritta, pretendere che l'operaio, in tal modo divenuto creditore di chi l'opera sua conduceva, rinunciare all'aver suo di fronte agli altri creditori del fallito commerciante, e molto meno potrebbesi costringervelo. Dunque, rimane fuor di dubbio che l'ope-

(1) Cfr. BOISTEL, *Ibidem;* VIDARI, op. cit., vol. VII, pag. 491 a 493, § 4663 *a*); CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 358-59, n. 413.

(2) CALAMANDREI, *ibidem;* VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 493-194, § 4664.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 493, § 4663 *a*).

raio, creditore del commerciante fallito di più che un mese di salarii scaduti, godrà, per la quota che si misura sul tempo di un mese, il privilegio dell'art. 773, n. 1° e per il residuo potrà valersi eventualmente di quei privilegi d'altra specie, che la legge civile possa assicurare alla di lui condizione, in quanto il disposto della legge civile non sia derogato od abrogato da quello in esame della legge di commercio; e, in ogni caso, potra avanzare il suo credito come qualsiasi altro creditore non privilegiato, come, cioè, un creditore chirografario della massa. Ciò si potrebbe dedurre direttamente dalle condizioni che il legislatore ha fatto al creditore pignoratizio nel caso in cui, con la vendita del pegno e col prezzo ricavatone, non venga per intero coperto il credito suo; perchè allora, dice l'art. 775, egli verrà iscritto sul residuo credito come chirografario; e a noi sembra che l'analogia sia sufficiente per accordare questo beneficio all'operaio che si trovi nelle condizioni di sopra esaminate, quando si voglia tener ben fermo che le ragioni di umanità, a cui si informa il disposto dell'art. 773, numero 1°, devono essere accolte nel senso della loro maggiore effettività.

305. *Differenza tra il privilegio degli institori e dei commessi del commerciante e quello degli impiegati parificati alle persone di servizio per l'art.* 1956 *del Codice civile. — Gli operai impiegati direttamente dal fallito e le costui persone di servizio. — Analisi del coordinamento dell'articolo* 773, *n.* 1° *del Codice di commercio e l'art.* 1956 *del Codice civile.* — Prima di passare allo esame dell'ultima parte del n. 1° dell'articolo 773, relativa ai commessi ed agli institori del commerciante, spendansi poche parole riguardo alla condizione, fatta alle persone di servizio, dall'articolo 1956, n. 4° del Codice civile, in confronto di quella che hanno gli operai impiegati dal fallito. Anche nel caso di fallimento del loro padrone, il quale nei rapporti di *domesticità* che lo legano alle persone dedicate a quei servizi, che ordinariamente prestano i *servitori* (cuochi, cocchieri, camerieri, ecc.) nelle case, conserva il carattere *civile* della sua condizione sociale, e quindi è suscettibile unicamente di *decozione* e non di fallimento, questa gente di servizio gode un privilegio, identico per natura, a quello dell'articolo 773, n. 1° del Codice di commercio, ma ben più ampio per quella comprensività cronologica, che ne stabilisce la intensità. Diffatti vediamo che questi, data sempre la qualità di commerciante nel loro padrone e il costui fallimento, mentre gli operai che l'opera loro prestarono al commerciante in questa sua qualità, non potranno godere che di un privilegio mensile, le persone di servizio che, a lui commerciante prestarono opera di *domesticità*, godono un privilegio sei volte più esteso e, quindi, sei volte più efficace del loro. E perchè ciò?! La sottigliezza della distinzione giuridica che si cela dietro la catastrofe del fallimento, vien meno quando si considerino gli effetti economici e finanziari della jattura che demolisce il patrimonio del commerciante. Perchè, se il fallimento di una persona per quanto giuridicamente diverso dalla costui decozione civile, non guadagnasse ai diritti dei creditori anche tutto ciò che non ha legame diretto colla industria o col commercio di chi è dichiarato in fallimento, ciò che forma, diremo, il patrimonio civile del fallito, e questo perchè divien attuoso il principio che *tutti i beni del debitore servono a pagare i creditori*, allora sarebbe pienamente giustificata la distinzione che il legislatore commerciale ha inteso conservare tra i *domestici o persone di servizio* del debitore e questi operai da lui direttamente impiegati e parificati, nella concessione e nel grado del privilegio, a quelle persone.

Ma, siccome ciò non avviene, perchè persino gli abiti della famiglia del fallito, intellettualmente, vengono adibiti alla formazione patrimoniale del fallimento, non è

più giusto che sia conservata ed applicata la differenza di trattamento così grave che, tra creditori allo stesso titolo e dello stesso carattere, hanno voluta tutti i legislatori commerciali, che sancirono leggi simili a quella dell'articolo 773, n. 1° del nostro Codice di commercio. Per cui si darà il caso che, dichiarato il fallimento del commerciante, gli operai da lui impiegati non potranno sulla massa patrimoniale del fallimento goder privilegio che per una mesata dei salarî loro dovuti, mentre i domestici, che anche per la qualità del servizio che prestano, rappresentano il *lavoro improduttivo*, il tarlo roditore della sostanza del commerciante, godranno, sulla stessa massa patrimoniale, nello stesso grado di privilegio, un intero semestre del loro salario. Si giustifica da alcuni (1) questa evidente iniquità di trattamento fatta dal legislatore agli operai, dicendo che è assai difficile che sienvi salari d'operai arretrati di sei mesi. Però la improbabilità di avverarsi d'un determinato evento non è ancora la impossibilità dell'avveramento; e la legge deve provvedere più ai casi meno probabili che a quelli abituali; perchè mentre per i primi la pratica correttrice della vita non si può applicare perchè non è ancor fatta, è invece applicabile, e perfettamente, pei secondi, essendo essi nel dominio ordinario della mente umana.

Noi, quindi, insistiamo nel rilevare la palese incongruenza del legislatore commerciale; augurandoci che nella non lontana riforma della nostra legge commerciale, chi sarà chiamato alla modificazione di questo articolo dell'attual Codice, possa, seguendo il concetto palesato dal legislatore francese del 1889, parificare le disposizioni del Codice di commercio all'art. 773, n. 1°, con quelle del 4° numero dell'articolo 1956 del Codice civile.

Altre questioni, più al diritto civile che utili al diritto commerciale, si potrebbero trattare; come quella relativa agli operai di campagna che non prestano, quindi, la loro opera come direttamente impiegati dal *commerciante*, ma come impiegati da costui nella sua qualità civile di proprietario di fondi; quella, relativa al portinaio, se cioè costui possa ritenersi persona di servizio, *domestico*, oppur no (2); quella relativa agli operai, o artigiani o artisti, che abbiano prestata la loro opera non in vista della *vita commerciale* di chi direttamente li impiegò, ma solo per un'opera di carattere civile, perchè attinente alla vita privata, *famigliare* del commerciante; questioni, la cui risoluzione ci trarrebbe troppo lontano dall'argomento, perchè ci indugiamo più a lungo intorno ad esse.

Dice l'articolo 733, n. 1° del Codice di commercio, che il salario dovuto agli institori ed ai commessi per i sei mesi che hanno preceduto la dichiarazione di fallimento, è ammesso allo stesso grado del salario dovuto alle persone di servizio secondo l'articolo 1956, n. 4° del Codice civile. Qui la parificazione dei commessi e degli institori del commerciante, alle persone di servizio del debitore è completa. I sei mesi di privilegio sono accordati agli uni come agli altri; la sola differenza che rimanga è quella costituita dal limite al quale possono giungere i sei mesi del Codice di commercio, in confronto di quello fino a cui si spingono i sei mesi del Codice civile. Perchè il Codice civile parla degli ultimi sei mesi nei quali fu prestato il servizio al debitore, mentre il Codice di commercio parla dei sei mesi che hanno preceduta la dichiarazione di fallimento. E la differenza che corre tra i due termini, per quanto non appaia a prima vista, si mostra però in chiarissima luce, appena si fermi alcun poco

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 393, § 4663 *a*).

(2) Su questo si veda il LUZZATTI nell'op. cit., vol. I, pag. 239-40, § 280, pag. 239, nota 1°, e pag. 14 e nota 1°, che ne tratta con succosa compendiosità.

l'attenzione al valor dei vocaboli usati dal legislatore.

Gli ultimi sei mesi, di cui parla l'articolo 1956, n. 4° del Codice civile, non hanno per termine *ad quem* la morte o la decozione del debitore, piuttosto che la fine del servizio della persona che s'era obbligata a prestarlo; sicchè non pare assurda nè infondata l'opinione, con la quale si sostenesse, che l'art. 1956, n. 4°, parlando di tal privilegio intende accordarlo, non al domestico o alla persona di servizio, che dir si voglia, la quale non essendosi licenziata dal padrone prima della costui morte o della costui decozione, si trova creditrice di sei o più mesi di non pagati salari al momento in cui si avvera il fatto che segna il termine *ad quem* per la efficacia del privilegio, ma a quella che non abbia esatti i dovutigli salari, nel caso in cui venga a morire l'antico padrone o si dichiari decotto. Con una tale interpretazione vediamo svolgersi un principio nuovo adattabilissimo al diritto civile e per la nuova differenza, che se ne deriva opponibile al dettato del legislatore penale. E ci spieghiamo: se il domestico che è in credito verso il suo antico padrone di più di sei mesi o di sei mesi di salario, ne abbandona il servizio prima che si verifichi l'evento che rende esperibile contro i terzi il privilegio del n. 4° dell'articolo 1956 del Codice civile, può esercitare questo suo privilegio quando giunge l'opportuno momento, senza ledere al dettato di quell'articolo, perchè gli *ultimi sei mesi* si possono considerare quelli del prestato servizio, in qualunque tempo prestato, purchè ancora sia pendente il debito; non è più così di fronte al diritto commerciale. Ivi il legislatore ha fissata la data *ad quem* può giungere il semestre privilegiato, in una *data certa*, oltre la quale e prima della quale nessun altra data è valida.

E si deve considerare che quei commessi od institori, i quali si fossero licenziati prima della dichiarazione di fallimento e fossero creditori di un semestre di salario si sottoporrebbero alla eventualità di non essere accolti creditori col privilegio di cui parla l'articolo 773, n. 1° Codice di commercio. Perchè, interpretando *stricto sensu* il privilegio ivi concesso si escluderebbero dal fruirne tutti quei creditori che, pur avendo la qualità richiesta del legislatore non potessero però mettere a base del loro privilegiato credito la condizione del termine fissato nella data della dichiarazione del fallimento. Ed interpretando il privilegio in senso più lato non si potrebbe altro concedere ad un simile creditore che, il privilegio pel salario di quei due mesi, i quali, a partire dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, fossero tuttavia compresi nella estensione semestrale dalla legge concessa.

Dunque, per ridurre ad una sintesi più efficace questa discussione, è opinione nostra che il privilegio dell'articolo 773, n. 1° Codice di commercio, concesso ai commessi ed agli institori del commerciante, per quanto in apparenza stretto da vincoli di identità con il simile privilegio dell'art. 1956, n. 4° Codice civile, tuttavia è molto meno esteso di quest'ultimo ed ha per necessaria condizione fondamentale, l'applicazione della data della sentenza dichiarativa di fallimento come termine *ad quem*, partendo dal calcolo inverso, come termine *a quo* (1).

Il Codice italiano del 1882 ha compreso, oltre i commessi, anche gli institori che erano non compresi nel Codice del 1865 e che la modificata redazione dell'art. 549 del Codice di commercio francese, non ha accolti nella concessione del privilegio. Chi sieno i commessi e chi gli institori del commerciante non è luogo a dire: e le differenze che intercedono tra essi e le altre

(1) DALLOZ, voce citata, § 1056, sostiene in diritto commerciale francese la nostra tesi; appoggiandosi inoltre su una favorevole giurisprudenza e su una autorevole dottrina.

persone impiegate dal commerciante sono ben evidenti perchè ci soffermiamo a trattarne.

Gli autori, quanto al maggior favore accordato a queste due categorie di dipendenti dal commerciante, adducono a giustificazione la consuetudine commerciale, della quale tenne calcolo il legislatore, di stipendiare semestralmente i commessi e gli institori; consuetudine questa che, almeno riguardo agli institori nella maggior parte delle piazze commerciali d'Italia, non abbiamo potuto constatare se esista; mentre è consuetudine costante ed estesissima di stipendiare mensilmente le persone che prestano servizio nei negozi o nelle industrie quali *commessi*.

Riguardo alla forma della retribuzione data dal commerciante ai suoi commessi ed institori, è a distinguersi quella che assume il vero e preciso carattere di stipendio, di *salario*, da quella che ha carattere di interessenza, di partecipazione percentuale al profitto del commerciante, e che vien data, di solito, come sovrappiù al salario, del quale non si può considerare faccia parte. A questo maggior lucro non può essere, in niun modo, esteso il privilegio di cui si parla, perchè manca la causa del privilegio stesso; e la figura giuridica, il carattere giuridico più preciso che assume codesta interessenza è quello della compartecipazione agli utili, e, quindi, quello della società: sicchè il carattere di socio che s'acquista per essa al commesso e all'institore, è ostacolo insormontabile all'esercizio del privilegio concesso al salario (1). Ond'è, che presentandosi in questa doppia forma di salariato e di società la derivazione del complessivo emolumento lucrato dall'institore o dal commesso del commerciante, non potrà, in caso di fallimento di quest'ultimo e di esercizio del privilegio da parte di quelle persone, essere ammessa come privilegiata, a norma dell'articolo 773, n. 1° Codice di commercio, che quella parte di credito che corrisponda all'ammontare di sei mesi di salario, partendo dalla data della dichiarazione di fallimento.

Inoltre, il principio da cui dipendono tutti i privilegi nella loro applicazione, principio raccolto nella massima " *privilegia sunt stricti juris nec extenduntur* „, si oppone acchè si prolunghi il privilegio semestrale a quelle persone che prestino servizio di commesso o di institore, e più per la prima qualità di servizio, in tempo minore di sei mesi; avventiziamente, cioè. Costoro potranno, al più, diminuendo la considerazione della loro posizione sociale, tentare il privilegio concesso agli operai od alle persone di servizio del commerciante; però non crediamo che tale opinione si possa accogliere (2).

Riassumendo il molto fin qui detto intorno all'articolo 773, n. 1°, nei suoi rapporti con il quarto numero dell'articolo 1956 del Codice civile, possiamo dare questa rapida analisi del coordinamento dei due articoli. Il principio che governa la concessione dei privilegi, sia dell'uno che dell'altro, è quello della rigorosa giustizia che deve presiedere alla distribuzione dei beni del debitore ai suoi creditori. Ma questa rigorosa giustizia si convertirebbe facilmente in ingiuria alle ragioni di credito di una categoria di creditori, i quali furono guidati meno dalle speranze di una buona speculazione da farsi con la conchiusione di un affare col commerciante, che dalla necessità di locar a qualche persona l'opera loro, per soddisfare, col limitato guadagno, ai bisogni della vita.

Qui le ragioni di equità, di umanità trovano un sopravvento indispensabile sulla

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 493-4, § 4664.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 359, n. 413. — Vedi anche: Sentenza Appello Torino, 29 dicembre 1866 (*Giurispr. T.*, IV, 276); Id. Torino, 8 aprile 1879 (*Legge*, XX, I, 192).

stretta applicazione del principio decemvirale dell'*in partes secanto;* ed ecco allora la ragione del privilegio una e sola per le due legislazioni. Ma da questa unità rampollò una ingiusta limitazione a danno di quelli, fra questa specie di creditori, cui la decozione o il fallimento del debitore arreca una jattura maggiore, e tronca più dolorosamente le risorse economiche della vita. Appare, allora, che il coordinamento delle due disposizioni di legge, partorisce un fenomeno che il legislatore commerciale avrebbe evitato se, operando con maggior equità, avesse, senz'altro, agguagliato le persone di servizio del debitore decotto agli operai impiegati dal commerciante fallito; se pur non si voglia, per coerenza a quello che si è detto, concludere che dovevasi accordare una maggiore entità di privilegio agli operai che dettero l'opera al commerciante, che ai domestici che segnano una parte di quel lusso, forse non ultimo elemento della rovina e della fallita del commerciante. Da ultimo, le due disposizioni si allacciano e si combinano in modo da costituire una nuova categoria particolare, con parità di grado, degli operai impiegati dal fallito; sicchè di fianco in una ammessione di crediti privilegiati su tutti gli immobili si troveranno con identità assoluta le persone di servizio, i commessi e gli institori del commerciante per un semestre di salario, e gli operai da lui impiegati ma solo per un periodo d'un mese. Da ciò deriva che pel diritto commerciale il numero dei crediti privilegiati, trattati dal Codice civile al libro III, titolo XXIII, capo I, sezione I^a^, § I, si è accresciuto di tre nuove categorie di creditori tutti ammessibili allo stesso grado e con niun diritto di prelazione reciproca, che il legislatore civile ha accordato a chi somministra alimenti o pensione o servizio da domestico, per gli ultimi sei mesi anteriori all'evento che pose fine a quelle prestazioni; mentre, l'aggiunta fatta dal Codice di commercio ai privilegi enumerati all'articolo 1956 del Codice civile, non può giovare mai in caso alcuno al creditore civile cui, per analogia, si potesse estendere il disposto dell'articolo 773, n. 1° del Codice di commercio, neppure nel caso degli operai impiegati direttamente dal commerciante, Perchè la condizione fondamentale per l'esercizio e il godimento del privilegio è questa: che la persona che impiega detti operai sia commerciante e li impieghi per i bisogni del suo commercio e in qualità di commerciante.

306. *Il diritto dei terzi sugli oggetti usciti dai magazzini o dai luoghi ove si esercita l'industria o il commercio del fallito, e il privilegio del locatore su tali oggetti secondo l'articolo* 1958, *numero* 3, *del Codice civile. — L'eccezione di sottrazione fraudolenta. — Momento dell'uscita delle merci: Vitalità del privilegio del locatore e momento della frode.* — La deviazione indicata dall'art. 773, num. 2° del Codice di commercio, in rapporto a quanto dispone il num. 3° dell'art. 1958 Codice civile, segna, più che altro, una limitazione all'esercizio del privilegio ivi indicato; ed una estensione del privilegio a vantaggio della medesima persona cui è attribuito dal Codice civile, ma in causa diversa. La Commissione del 1869 esponeva in una elaborata motivazione le ragioni in vista delle quali era venuta nell'intendimento di modificare le disposizioni del Codice civile a questo riguardo. « Fra i privilegi che affettano mobili determinati, scrive la Commissione al *verbale* 834, è tuttora mantenuta nel numero 3° dell'articolo 1958 del Codice civile, una speciale preferenza a favore del locatore di beni immobili, sebbene le radicali modificazioni avvenute nell'ordinamento economico della società, abbiano in gran parte distrutte le basi, a cui le antiche leggi dovettero fondarsi nell'accordare una protezione speciale ai creditori derivanti da rapporti di tale natura. Non appartenendo però al Codice di commercio di

modificare un sistema che esercita la sua influenza sulle varie parti della legislazione, resta solo a vedersi, se qualche disposizione sia reclamata dai bisogni speciali del commercio in vista della rapidità di movimento ad esso essenziale e della conseguente difficoltà di constatare certi fatti per i quali nei rapporti ordinarii di diritto civile possono aversi delle prove scritte. Una gran parte delle questioni che possono sorgere nella determinazione degli oggetti sottoposti al privilegio del locatore, sono risolte dalla formola del citato articolo 1958 e dalla disposizione dell'articolo 422 dello stesso Codice (1) che, a spiegazione di quello, può, in molti casi essere utilmente invocata. Egli è certo, in ispecie, che all'esercizio del privilegio del locatore non può bastare la esistenza materiale degli effetti mobili altrui in potere del conduttore, ogni qualvolta la scienza o la notorietà, che il possesso dipende da semplice deposito o consegna per oggetto commerciale, o per iscopo d'industria manifatturiera, valga ad escludere l'idea che quegli effetti possano costituire una guarentigia per le obbligazioni derivanti dal rapporto locativo. Ma le condizioni speciali del commercio, testè accennate non possono a meno di esercitare una influenza su quella specie di *diritto di seguito*, che dall'articolo 1958 del Codice civile, è accordato al locatore per altri quaranta o quindici giorni, dacchè la cosa è uscita dalla casa o dal fondo locato, e passata nelle mani di terze persone, con riserva soltanto dei diritti acquistati *dopo il trasporto;* ciò che esclude, quelli che fossero acquistati *anteriormente*. In riguardo alle cose che si trovano nei magazzini, nei luoghi di deposito o di esercizio del commercio del fallito, e con esclusione di quelle, che si trovano nella di lui casa o in luoghi diversi, nessuno può ignorare, e quindi la legge deve presumere, che anche il proprietario sappia, essere quelle cose nei detti luoghi collocate ad esclusivo scopo della rivendita.

" Conseguentemente, egli è certo che nessun calcolo il locatore può aver fondato sulla temporaria esistenza di quelle cose nell'immobile, e che il patto esterno del concorso degli acquirenti deve essere per sè sufficiente a bandire dall'animo suo qualunque illusione. Ma il solo dubbio, che anche nel caso proposto dovessero applicarsi le norme generali, recherebbe troppo grave pregiudizio al commercio, e perciò, fatta ogni dovuta riserva per l'eventualità di sottrazioni fraudolente, sembra necessaria una disposizione, che ponga un limite al diritto del locatore di perseguitare la cosa nelle mani dei terzi, che l'avessero acquistata nei luoghi suddetti. Questa disposizione può concretarsi nel senso, che il privilegio del locatore indicato nel num. 3° dell'articolo 1958 Codice civile, non si estenda alle merci uscite dai magazzini o luoghi di esercizio commerciale od industriale del conduttore allorchè su di esse i terzi abbiano acquistato diritto, salvo il caso di sottrazione fraudolenta „ (2).

Rimane così perfettamente scolpito il carattere della disposizione del num. 2° dell'articolo 773 Codice di commercio: la quale fa sì che tutt'intera la disposizione dell'articolo 1958, num. 3° del Codice civile

(1) Codice civile, articolo 422:

La parola *mobili* usata sola nella disposizione della legge o dell'uomo, senza altra aggiunta o indicazione che ne allarghi il significato, o senza contrapposto agli immobili, non comprende il denaro metallico o i suoi rappresentativi, le gemme, i crediti, i titoli di rendita sul debito pubblico e delle imprese commerciali od industriali, i libri, le armi, i quadri, le statue, le monete, le medaglie od altri oggetti attinenti a scienze od arti, gli strumenti propri delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, i cavalli e gli equipaggi, i grani, vini, fieni ed altre derrate, e nemmeno le cose che formano oggetto di un commercio.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 834.

sia applicabile sempre, con una limitazione stabilita nella particolare formola del Codice di commercio. Noi non possiamo, nè dobbiamo, analizzare le disposizioni del Codice civile in materia de' privilegi del locatore sui mobili del fittabile o dell'inquilino, disposizioni che meritano per ognuna una lunga ed elaborata trattazione: e ci limiteremo invece al solo disposto dell'art. 773, num. 2° Codice di commercio in quanto modifica il principio che domina tutt'intera la disposizione del n. 3° dell'art. 1958 del Codice civile.

La fondamentale deviazione, che si presenta nell'esame comparato delle due analoghe disposizioni di legge, è quella della cessazione del *jus persequendi* del locatore sulle cose alle quali si stenda il di lui privilegio una volta che siano cadute in mano di terzi. Il diritto commerciale ha conservato però il diritto di seguito del locatore limitandone l'esercizio quanto alle merci uscite dai magazzini o dai luoghi d'esercizio commerciale o industriale del conduttore. Ora dall'esame di questa disposizione del Codice di commercio si ricava l'intensità e la estensione del limite posto al privilegio dell'art. 1958 del Codice civile. Anzitutto qui trattandosi di una limitazione opposta ad un diritto singolare, essa è ad intendersi strettamente, cioè tanta e quanta appare dalla lettera della legge, nè si estende per analogia; sicchè perchè il *jus persequendi* del locatore sulle cose dell'inquilino o del fittabile, industriale o commerciante, debba cessare di fronte al terzo venuto in possesso di tali cose, è *indispensabile* il concorso di queste condizioni: 1° che si tratti di cose alle quali sia attribuibile il carattere di *merci;* quindi, che entrino nelle *abituali transazioni degli affari del commerciante,* e non costituiscano, eventualmente, oggetto d'una qualsiasi contrattazione indipendente od aliena dall'abituale commercio; ond'è che la *mobilia* di casa, il *macchinario* dell'opificio ecc., non si devono considerare fornite del privilegio contrario al generico privilegio del locatore dell'immobile, che serve d'abitazione o di opificio per l'industria dell'inquilino o dell'affittuale; 2° che escano dal magazzino o dai luoghi d'esercizio commerciale od industriale del conduttore, cioè dalla bottega, fondaco, opificio, officina od altro luogo: e, quindi, anche se le merci vennero ricoverate in luogo che non rivesta i caratteri *commerciali* di magazzino o luogo di esercizio industriale o commerciale, non si può opporre al locatore dell'immobile la limitazione al suo privilegio fatta dall'art. 773; quindi, se le merci vennero ricoverate nella casa d'abitazione del commerciante, non si potrà dire che questo sia il magazzino o il luogo d'esercizio dell'industria o del commercio dell'inquilino commerciante, neppure nel caso in cui la bottega, il magazzino, l'officina siano nella stessa casa in cui il commerciante ha l'abitazione sua e della sua famiglia; 3° che quelle merci siano già uscite o da quei luoghi nel momento in cui il locatore promuove l'esercizio del suo privilegio (1), perchè allora, essendo le cose ancora sotto la materiale potestà del locatore, il terzo che su quelle abbia acquistato diritto non potrà rompere la compagine del privilegio del locatore che è anteriore all'acquisto della proprietà su quelle cose; quindi conviene intendere che la uscita dai magazzini o dall'officina o dalla bottega delle merci è condizione essenzialissima perchè possa opporsi il disposto del num. 2° dell'articolo 773; mentre la presenza della merce su cui un terzo ha già acquistato diritto di proprietà, basta perchè su di essa si eserciti il privilegio dell'articolo 1958, num. 3°, non ostante il detto disposto dell'articolo del Codice commerciale; 4° che, anche uscite, su di esse i terzi abbiano effettivamente acquistati diritti legittimi, cioè non affetti da vizii origi-

(1) Non così opina il VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 496, § 4666 *b*).

nali di nullità, e, come dice il legislatore, non concorra il caso di sottrazione fraudolenta. Quando contemporaneamente si avveri il concorso di queste condizioni, in luogo del disposto del num. 3°, artic. 1958, si applica, al privilegio del locatore, il disposto dell'articolo 773, n. 2°, Codice di commercio.

Il legislatore, come dicemmo, ha riservato il caso di fraudolenza; allora il diritto del terzo detentore essendo nullo *ab origine*, il diritto di privilegio del locatore si esercita integralmente. Però, siccome la frode non si presume, quel locatore che intenda impugnare il diritto dei terzi sulle cose soggette al suo privilegio ed uscite dai luoghi ove doveano trovarsi, dovrà fornire le prove della frode usata a suoi danni; e codesta frode deve affettare il terzo acquirente; perchè, se il terzo acquirente fosse in buona fede ed alla eccezione di frode oppostagli dal locatore rispondesse vittoriosamente con la eccezione di buona fede, il suo diritto rimarrebbe valido: da ciò si vede che, la frode dipendendo solo dal commerciante, mentre può eventualmente trasformare in bancarotta il fallimento, non può mai rendere attuosa l'eccezione dell'art. 773, n. 2° Codice di commercio, se nella perpetrazione della frode non vi è il concorso delle volontà omogenee dei due contraenti.

Oltre ciò convien considerare, per giungere alla percezione precisa della vitalità del privilegio assicurato al locatore, il momento in cui le merci si devono considerare *uscite* dai magazzini o luoghi dove si esercita la industria o il commercio del fallito. Abbiam veduto che il numero 3° dell'articolo 1958 Codice civile parla del *trasporto* degli oggetti; ed accennammo al momento in cui dovevasi ritenere avvenuto e perfezionato l'atto che costituisce il trasporto. Il quale, oltre la sottrazione della cosa alla disponibilità intellettuale del locatore, necessita anche la materiale e *compiuta* trasmigrazione dell'oggetto dal luogo ove dovrebbe trovarsi, perchè il locatore non dovesse ricorrere all'esercizio dell'*jus persequendi*, al luogo dove è necessario si trovi, perchè si intuisca la perfetta possessibilità materiale da parte del terzo possessore. Invece, riguardo alle merci dell'art. 773, n. 2° del Codice di commercio, l'elemento che costituisce la perdita del diritto di privilegio del locatore, non è più il trasporto, ma è una specie di antefatto al trasporto stesso; cioè, è l'uscita delle merci dal luogo dove dovrebbero trovarsi.

Qui si potrebbe risuscitare la infeconda discussione degli antichi sofisti del diritto penale, riguardo al momento in cui, per la sottrazione fraudolenta della cosa al possessore, dovevasi intendere perfezionato il furto; ma ciò a null'altro servirebbe che a vivificare una oziosa logomachia. Perciò noi ci limitiamo ad avvertire, che nessun criterio *metrico*, diremo così, si può invocare per stabilire quando la merce debba intendersi veramente *uscita* da quei luoghi indicati dal legislatore. Anzi crediamo, che la materiale prensione, l'inizio di quel fatto che costituisce l'uscita della merce, in cui verta il terzo acquisitore di fronte al locatore, nel momento in cui quest'ultimo lanciasse la rete del suo privilegio, onde arrestare la emigrazione degli oggetti legati al suo diritto, basterebbe per far ritenere come pienamente acquistato dal terzo sulla merce, quel diritto che il legislatore ha inteso di opporre al locatore per l'esercizio del privilegio su determinati mobili attribuitogli dall'articolo 1958, num. 3° Codice civile.

Rimane da ultimo a stabilire quando dovrà intendersi perfezionata la frode, che forma l'eccezione alla deroga dell'art. 773, num. 2° del Codice di commercio. Può avvenire che il terzo acquirente sia in buona fede al momento in cui stipula col commerciante il contratto che sottrarrà la cosa al privilegio del locatore; ma non sia più in questa condizione morale, quando passa all'atto del trasporto; ad attuare, cioè, l'uscita della merce dal magazzino o dal luogo dell'industria o del commercio del

commerciante. È, allora, applicabile il principio sancito nella massima " *mala fides superveniens non nocet?* ". Ciò non pare; perchè la vendita perfezionandosi, particolarmente nel diritto commerciale, con la consegna materiale della cosa, con la materiale ed assoluta disponibilità di questa passata in colui che la acquistò, ogni qualvolta che non è perfezionata la vendita per non avvenuta consegna della cosa, tutti gli atti successivi alla semplice stipulazione e conclusione del contratto di vendita, sono suscettibili d'influenzarsi di quelle particolari condizioni che possono sopravvenire prima della consegna: così, attribuendo carattere di frode alla sottrazione dell'oggetto dal luogo dove si trova, se il terzo acquisitore, prima o nel momento in cui effettua l'impossessamento personale dell'oggetto comprato, sappia che quell'atto non può farsi, abbia coscienza del carattere frodolento della sua azione. Sicchè, mentre la semplice e materiale prensione *bona fide* dell'oggetto acquistato, basta perchè quell'oggetto debba considerarsi come uscito dal magazzino, bottega, officina, opificio del conduttore, e sia inesercibile il diritto di privilegio del locatore, la mala fede, al momento di codesta materiale prensione, costituisce quell'elemento di frode che renderebbe fraudolenta la sottrazione dell'oggetto, e valido il *jus persequendi* del locatore sull'oggetto stesso appo i terzi. E questa determinazione del momento in cui si mostra la frode ha anche il vantaggio di modificare la concezione dell'atto del *trasporto*, quale è considerato dal Codice civile. Perchè la frode, che risulta dalla mala fede affettante il trasporto stesso, come mezzo di lesione del diritto del locatore sugli oggetti mobili del conduttore del suo immobile, colpirà l'atto del terzo acquisitore in qualsiasi momento sopravvenga, mentre si effettua il trasporto, anche se questo è diggià compiuto, in modo da render nulla la sottrazione ed esercibile il sequestro anche dopo scaduti quei termini che la legge civile stabilisce a questo riguardo nell'ultimo capoverso dell'articolo 1958, n. 3°; senza pregiudizio, ben s'intende, della eventuale perseguibilità penale degli atti commessi dal conduttore o dai terzi.

Si potrebbero anche svolgere alcune considerazioni su un'altra fase del sopraggiungere della mala fede nell'acquisitore; mala fede che darebbe il carattere fraudolento alla sottrazione dell'oggetto. Del che brevissimamente parleremo. Se lo stato di sottrazione, avendo per elemento opposto e necessario lo stato di non disponibilità della cosa da parte del locatore, e lo stato di disponibilità di quella da parte del terzo acquirente, nel divenire degli atti che si compendieranno nell'uscita, nel trasporto e nell'effettiva sottrazione della cosa, fa luogo a quella forma di mala fede che si può chiamare *mala fides acquirendi;* il perseverare nell'effetto degli atti suaccennati, il perseverare, cioè, nella detenzione della cosa dappoi che alla buona fede, anteriore allo acquisto e contemporanea alla stipulazione del contratto e al materiale impossessamento dell'oggetto di quella, si è sostituito nell'acquirente, il concetto della mala fede della detenzione dell'oggetto, scaturiente dalla scienza della illegittimità degli atti che lo portarono al possesso ed alla proprietà di quella cosa, costituisce la mala fede nel possesso e nella detenzione; la *mala fides detinendi:* ciò che forma non più la sottrazione fraudolenta, ma la detenzione avente gli stessi caratteri. Allora non dubitiamo di distinguere il caso in cui si tratti dell'ultimo capoverso del n. 3°, art. 1958 Codice civile, dal caso in cui si tratti dell'articolo 773, n. 2° del Codice di commercio. E nella prima ipotesi il sequestro non potrà essere soggetto ai termini da quel capoverso stabiliti, perchè il sequestro colpisce lo stato attuale di fatto degli oggetti su cui viene a cadere; quindi, anche le condizioni morali o giuridiche in cui si conservi il possesso del terzo sulla cosa tolta al privilegio del locatore, sono determinanti sul mo-

mento in cui si deve considerare la possibilità degli ostacoli alla iniezione del sequestro. Nella seconda ipotesi, invece, non si potrà più invocare la mala fede, la frodolenza della detenzione, perchè codesto fatto costituisce, non la sottrazione di cui parla il legislatore commerciale, ma un fatto da quello derivato, e che, però, non può rivestire quell'elemento particolare che il legislatore commerciale intese attribuire alla esercibilità del privilegio del locatore, con il disposto dell'articolo 773, numero 2° Codice di commercio.

301. *La* buona uscita *pagata al locatore della massa dei creditori per cessazione della locazione, secondo l'articolo* 703 *del Codice di commercio, e la nascita e vita del privilegio del locatore secondo il n.* 3° *dell'articolo* 1958 *del Codice civile.* — « In relazione..... alla facoltà concessa alla massa dei creditori, a tenore della deliberazione espressa..... di chiedere, dice la Commissione del 1869, l'anticipato scioglimento delle locazioni di lunga durata, relative agli immobili destinati ai bisogni del commercio, col pagamento di una giusta indennità, è questo il luogo di sciogliere la riserva ivi fatta, col dichiarare che il privilegio del locatore ha luogo anche per l'ammontare della indennità stessa » (1). A questa guisa, come già si è avvertito (2), l'articolo 773, n. 2°, porta anche una nuova estensione al disposto dell'artic. 1958, numero 3° del Codice civile; estensione che il Luzzati (3) ritiene lodevolissima, e crede giustamente deferibile anche al diritto civile, quando pure non si voglia dedurla dal contesto dello stesso articolo 1958 e dal principio che lo domina. Ed è a considerarsi che l'applicazione del nuovo privilegio, subordinata all'art. 703 del Codice di commercio, porta necessariamente alla restrizione dell'esercizio del privilegio al solo caso in cui ricorrano gli estremi da quell'articolo indicati. I quali sono: che gli immobili condotti dal fallito dipendano dai bisogni del suo commercio: che il contratto di locazione debba continuare tre o più anni dalla data della dichiarazione di fallimento, e che la massa dei creditori, giudicando ciò favorevole al suo interesse, abbia domandato lo scioglimento del contratto ed abbia offerto un adeguato compenso o *buona uscita.*

Queste condizioni concorrendo, nasce, *ipso facto*, il privilegio del locatore sui mobili del fallito esistenti negli immobili oggetto della locazione; e l'esercizio rimane subordinato al disposto dello stesso art. 773, numero 2°, riguardo alle merci uscite dal magazzino o luoghi ove s'esercita l'industria o il commercio del fallito. Ben si intende che è necessaria la pendenza del credito in favore del locatore; perchè, se la massa dei creditori, deliberata la rescissione del contratto di locazione, pagasse lo stabilito compenso, venendo così a mancare la causa del privilegio, il privilegio stesso neppur nascerebbe.

Può esser dubbia la questione se, mediante il disposto dell'art. 773, nel numero e passo in esame, vengano estesi al nuovo credito del locatore tutti i particolari privilegi sui mobili, enumerati dall'art. 1958, num. 3° del Codice civile. Il Luzzati, nel passo citato, afferma che tale dovrebb'essere il fine del legislatore; e che nessun dubbio sarebbe possibile se il legislatore commerciale avesse meglio posto in correlazione la lettera dell'art. 773, n. 2°, con la lettera dell'art. 1958, n. 3° Codice civile: che però anche dallo spirito di quest'ultimo articolo si può ritrarre la convinzione della estensibilità. Le argomentazioni del Luzzati su questo punto, per quanto deficienti, sembranci tuttavia adottabili, quando si pensi che possa rendersi appli-

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 12 marzo 1872 - Verbale 824.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 496, § 4666 *b*).

(3) Op. cit., vol. II, pag. 508, n. 582.

cabile al diritto civile, come lo è diffatti, il principio del privilegio, accordato al locatore contro il fallito in causa della rescissione del contratto, per l'analogia, quanto agli effetti, della risoluzione stipulata per accordo della massa dei creditori, colla risoluzione del contratto di locazione, dipendente dalla mancata esecuzione del medesimo da parte del conduttore. Ciò appare tanto più giusto e fondato, se si accolga il concetto, evidente per se stesso, che il compenso, la buona uscita dovuta al locatore per l'inesecuzione del contratto, assume il carattere di un canone d'affittanza pagabile anticipatamente, come simbolo della scadenza avvenuta in tempo utile per la denuncia della locazione dall'uno all'altro contraente.

Certo, che nel caso dell'articolo 773, n. 2°, correlazionato all'articolo 703 del Codice di commercio, il privilegio così accordato al locatore non può più essere esercibile sugli oggetti sui quali si stende, per la ragione del particolare stato in cui questi si trovano in causa del fallimento; tuttavia il privilegio conserva integra la sua efficacia per far ammettere il locatore al passivo, pel credito corrispondente al dovuto e pattuito compenso, con quei diritti di prelazione conferitigli dalla qualità del suo privilegio

Quanto alla entità del compenso da pagarsi al locatore per la rescissione della locazione, secondo l'articolo 703 del Codice di commercio, nulla crediamo aggiungere a quello che ne dice in questo stesso commento l'illustre Bolaffio, da cui rilevammo la grave soma che tentiamo di condurre alla sua mèta. Certo è poi, che la disposizione dell'articolo 703, essendo come quella dell'articolo 773, n. 2°, tassativa, e dovendosi perciò interpretare ed applicare restrittivamente, non può giovare in nessun caso a quei locatori, che, pur ricevendo il compenso per la rescissione della locazione del loro immobile, non potessero vantare un periodo di ulteriore durata, a contare dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento, di almeno tre anni.

308. *Il privilegio sui mobili esteso agli immobili per destinazione.* — I beni sono immobili, dice l'art. 407 del Codice civile, o per natura, o per destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono. Immobili per destinazione, aggiunge dello stesso Codice l'art. 413, sono le cose che il proprietario di un immobile vi aggiunge perchè servano alla coltivazione del fondo o ad esercitarvi una determinata industria, o ad ornamentazione o complemento d'arredo dell'immobile al quale vanno unite. Nella enumerazione degli articoli 413 e seguenti, il legislatore non ha incluso fra gli immobili per destinazione le macchine che acquistano una certa aderenza al suolo od all'edificio sul quale o nel quale dànno l'effetto utile del loro impiego per l'industria cui sono dedicate. Invece il legislatore commerciale, all'articolo 773, n. 3°, parlando di un privilegio concesso sulle macchine che sono in un edifizio dedicato alla industria di un qualsiasi industriale, quantunque vi accordi direttamente il carattere di immobili per destinazione, tuttavia concede su esse un privilegio che il Codice civile fa cadere unicamente sui mobili, col disposto dell'articolo 1958, n. 6°, al quale il legislatore commerciale si riferisce.

La importanza del disposto dell'art. 773 si presenta, per questa guisa, sotto un doppio aspetto. Sotto l'aspetto, cioè, con cui attribuisce carattere di immobili per destinazione alle macchine; sotto l'aspetto, poi, mediante il quale, avendo riconosciuto a queste cose carattere di immobile per destinazione, pure consente su queste macchine un privilegio proprio agli oggetti mobili, secondo il disposto dell'art. 1958 del Codice civile. Perchè il n. 6° del detto articolo del Codice civile non lascia possibilità alcuna ad una interpretazione come quella che si rende necessaria per coordinare il disposto dell'artic. 773 Codice di commercio quanto al privilegio concesso

al venditore delle macchine. Codesto n mero 6° rende privilegiato il credito della persona a cui favore fu costituito il pegno, sui mobili di cui il creditore è in possesso; quindi, rende indispensabile, nell'oggetto di cui si tratta, la qualità naturale e giuridica di mobile e dippiù richiede l'attualità del possesso, dando vita indirettamente ed efficacia al privilegio, mediante l'esercizio di un *jus retentionis* sugli oggetti del debitore che egli possegga tuttavia. Il che non accade con l'articolo 773, n. 3° del Codice di commercio; dove anzi è richiesto che le macchine si trovino nell'opificio dell'industriale, che siano state tutte consegnate a costui e, anzi, che siano diggià trascorsi non meno di tre anni dal dì della consegna delle macchine. Si noti altresì che il privilegio concesso al venditore delle macchine sulle macchine non pagategli dal commerciante, non nuoce affatto al privilegio che su quelle è, fra gli altri, steso dal locatore dell'immobile in cui s'esercita l'industria o il commercio del fallito; e che il disposto dell'articolo 773 deroga, quanto al fabbricante di macchine non ancora pagategli, al creditore del fallito, al disposto dell'art. 1958, n. 3°, in quanto tale disposto fosse applicabile a favore del creditore il quale rivestisse, di fronte al fallito, oltre il carattere di venditore di macchine, anche quello di locatore dell'immobile in cui il fallito stesso esercitava la sua industria o il commercio. Dal che, deriva che, se il credito per il prezzo a pagarsi delle macchine è superiore del credito per i canoni d'affitto, ciò non ostante questi hanno la preferenza, per privilegio, sul credito delle macchine.

309. *Le macchine d'importante valore impiegate nell'industria del fallito godono il privilegio del num.* 6° *dell'art.* 1958 *del Codice civile. — Epoche necessarie perchè il non pagato venditore delle macchine, ottenga il privilegio pel suo credito.* — Le considerazioni svolte dalla Commissione per gli studi preparatorî del Codice di commercio, intorno alla innovazione introdotta nella legge commerciale italiana, meritano di essere riferite, come quelle che lumeggiano ottimamente il valore di questa parte dell'articolo 773. Convien notare, anzitutto, che il Codice civile italiano del 1865 sopprimeva il privilegio che l'articolo 2157, n. 4°, sull'esempio dell'articolo 2102, n. 4° del Codice Napoleone, accordava al venditore di cose mobili per il prezzo ancora dovuto al compratore. Poi, il Codice di commercio del 1865, seguendo lo stesso criterio del legislatore civile, sopprimeva, per conto suo, lo stesso privilegio quanto al commercio: e ciò sempre nello intento di prevenire le frodi che facilmente si sarebbero potute perpetrare con tali occulte riserve a danno dei creditori che avessero, posteriormente alla vendita della cosa, contrattato con il compratore di questa. " Ma vi sono dei casi, dice il *verbale* 835 della Commissione, nei quali, i bisogni particolari del commercio, richiedono qualche provvedimento eccezionale. Si è dubitato talvolta, se, nel caso di cessione di un intiero esercizio commerciale, il cedente, che non ha ancora incassato il corrispettivo dovutogli, abbia un qualche titolo di preferenza a fronte dei creditori anteriori o posteriori del cessionario. Ogni dubbio è, però, inammessibile nello stato attuale della legislazione, e nessuna grave ragione può invocarsi per sostenere la necessità di una deviazione dalle norme ordinarie, dopo che tanta cura si è messa dal Codice civile e dal Codice di commercio nell'ordinamento della specialità e della pubblicità dei pesi che aggravano la proprietà, anche nei rapporti che possono aver contatto con le operazioni commerciali o marittime.

" In quella vece, l'estensione sempre maggiore che va prendendo l'applicazione delle macchine all'industria manufatturiera ed agricola, richiede che la condizione dei fornitori e dei fabbricanti di tali strumenti, che rappresentano sovente enormi capitali, sia presa in considerazione speciale. Essi

trovansi il più delle volte nella necessità di concedere ai compratori lunghe dilazioni per il pagamento del prezzo a cui viene, quasi sempre, apposta la condizione, che il macchinismo sia messo in esercizio, ed abbia funzionato regolarmente per un certo tempo. In questo stato di cose è evidente il pericolo, che, al verificarsi della crisi commerciale del compratore, i somministratori delle macchine od apparecchi veggano tutti i creditori pagarsi a loro pregiudizio col prezzo degli oggetti per i quali essi nulla hanno ricevuto sebbene costituiscano piuttosto il valore principale, che non un valore accessorio, dello stabilimento del debitore. Ed è pur d'uopo considerare, che l'uso delle macchine è divenuto oramai una condizione essenziale dello sviluppo della industria italiana, e della possibilità di resistere agli effetti della concorrenza straniera. Che se le norme speciali in questo riguardo adottate dalla legislazione degli Stati, nei quali, come nel Belgio (1), fiorisce l'industria della produzione di cosiffatti strumenti, furono principalmente determinate dalla necessità di proteggere quell'industria, la loro importanza non è minore presso di noi, pel motivo, che, qualora la somministrazione dei medesimi dovesse essere richiesta al commercio d'importazione, la legislazione dovrebbe studiarsi di promuoverne l'impiego coll'agevolarne le condizioni, ciocchè non può altrimenti ottenersi che con l'assicurare ai somministratori il conseguimento del prezzo di vendita. Nella ricerca di un provvedimento che valga a conciliare il soddisfacimento dei bisogni del commercio colla necessità di prevenire le frodi, la sola via da seguirsi è additata dal concetto dominante della intera legislazione, per cui la principale guarentigia dei diritti e del credito è affidata ad un previdente sistema di pubblicità.

" Premesso che le disposizionie ccezionali relative al prezzo delle *macchine ed apparecchi impiegati negli esercizî della industria manufatturiera od agricola* non possano avere efficacia, fuorchè riguardo alle somministrazioni di rilevante valore (2), ciò che si reputa accennato, oltre che dallo spirito, anche dal letterale tenore della formola adoperata per designarle, egli è evidente, che la legge non può aver lo scopo di tutelare chi non è primo ad aver cura dei proprii interessi, e per ciò il privilegio accordato per il prezzo di somministrazione col grado di quello del creditore pignoratizio, deve restringersi alle somministrazioni avvenute in un periodo di tempo non lungo che credesi convenientemente determinato, coll'escludere tutte quelle anteriori al triennio precedente la dichiarazione di fallimento.

" L'applicazione del sistema di pubblicità, ai rapporti dell'accennata natura, sembra dover consistere nella trascrizione del documento constatante la vendita ed il credito in un registro speciale e pubblico tenuto nella cancelleria del tribunale di commercio del circondario, in cui le macchine o gli apparecchi sono collocati. L'adempimento di questa formalità a cui è condizionata l'efficacia del privilegio, serve ad evitare la possibilità di errori e di frodi, ed anche a regolare, secondo le varie emergenze dei singoli casi, le questioni possibili nel conflitto con altri creditori privilegiati.

" Ed affine di meglio prevenire le frodi, che il debitore potrebbe tentar di commettere, ottenendo dal somministratore, che la trascrizione del contratto sia protratta fino

(1) La ragione di questo riferimento alla legislazione belga sta in ciò che l'art. 546 di quel Codice di commercio stabilisce il privilegio del venditore delle macchine ed apparecchi meccanici sulle macchine stesse pel prezzo a pagarsi.

(2) L'attuale redazione dell'art. 773, n. 3° del Codice di commercio, quanto al valore delle macchine, è dovuta ad una proposta della Camera di commercio di Venezia.

al momento, in cui emerge la necessità di esercitare il privilegio, occultando così ai terzi l'esistenza del vincolo, credesi pur opportuno di sottoporre tale esercizio ad una seconda condizione, che la trascrizione, cioè, sia fatta entro un breve termine perentorio decorribile dalla consegna. Nella previsione del caso, che la somministrazione sia fatta all'estero, il termine viene fissato in tre mesi, dacchè le macchine e gli apparecchi saranno materialmente consegnati nell'interno del Regno „ (1). Dunque, il nuovo privilegio, creato nella vera considerazione della impellente necessità della odierna vita industriale e commerciale, è sottoposto all'osservanza di alcune condizioni, il cui concorso costituisce l'elemento indispensabile per la nascita e per la esercibilità del privilegio.

Quello che, anzitutto, sembra da avvertire, per completare il disposto dell'art. 773, n. 3° del Codice di commercio è, che oltre le macchine, oltre, cioè, quei particolari congegni meccanici che si conoscono sotto il nome di *macchine*, il privilegio si estende anche a tutti quegli utensili che costituiscono un'università di congegni secondarii, non suscettibili di denominazione di macchine singolarmente considerati, ma che nel loro insieme costituiscono un apparecchio meccanico; il che si ricava dalla semplice lettura delle motivazioni intorno a questo capo dell'art. 773 (2).

Avvertito ciò, passiamo all'esame delle condizioni richieste dalla legge, per l'esercizio del privilegio e per il suo nascimento. Tutti gli autori (3) sono d'accordo nell'ammettere la necessità del concorso di queste condizioni: 1° che le macchine sieno d'importante valore; 2° che sieno realmente impiegate negli esercizii d'industria manufatturiera od agricola; 3° che le macchine sieno vendute e consegnate al fallito; 4° che esse siano state vendute e consegnate al fallito non anteriormente a tre anni dalla dichiarazione di fallimento del debitore; 5° che, concorrendo tutte le condizioni surriferite, il venditore debba aver fatto, entro tre mesi dalla consegna delle macchine al compratore, trascrivere in apposito registro il documento della vendita e del credito. Ciascuna di queste condizioni è indispensabile e la mancanza di una sola di esse fa sì che il creditore non possa più valersi del privilegio, perchè esso non può nascere. Limitiamoci, in questo numero, all'esame delle due condizioni che costituiscono le due epoche in cui prende vita il privilegio. Allora vediamo che la prima di queste fissa il tempo che costituisce la base del privilegio stesso; e la seconda, che si sdoppia in due altre, fissa il tempo che costituisce la esercibilità del privilegio. Difatti se il creditore per le macchine d'importante valore può veder nascere, al caso di fallimento di colui cui ha vendute le macchine stesse, il suo privilegio sul prezzo ancor da pagare delle macchine, quando non sieno decorsi più di tre anni dal momento in cui le macchine furono consegnate, intellettualmente si può considerare che il privilegio stesso essendo nato al momento della consegna si affermi e divenga attuoso quando il fallimento non si protragga oltre anni tre dalla data della consegna. Nato ed affermato il privilegio egli resta tuttavia inefficace se il venditore delle macchine non abbia curato di fare la trascrizione del documento della vendita e del credito in quello speciale registro di cui parleremo nel sucessivo numero. Allora si mostra la particolarità dell'ostacolo che il legislatore

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 12 marzo 1872 - Verbale 835.

(2) Così non la pensa il PAGANI, nell'articolo " Il privilegio per il prezzo delle macchine „, ecc. (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. II, col. 644 e seguenti).

(3) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 498 e seguenti, § 4669 e segg.; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, p. 361, n. 417; PAGANI, op. e fasc. cit., p. 111, n. 78.

ha posto, come non doveva, alla concessione fatta con la prima parte del n. 3° dell'art. 773. Giacchè, il privilegio nascendo da un fatto indipendente dalla volontà del venditore e del compratore della macchina, perde ogni sua validità e cessa sempre, in qualunque caso, quando non concorra a rassodarlo un fatto dipendente dalla volontà positiva del venditore. Si consideri che il legislatore ha stabilito che il privilegio delle macchine d'importante valore, quanto al prezzo non pagato di esse, nasca, date tutte le altre condizioni pel fatto solo della dichiarazione del fallimento del compratore avvenuta ad una distanza non maggiore di tre anni dalla data della consegna delle macchine a di lui mani. Ma perchè, allora, quando il legislatore ha usato un termine perentorio nel quale non è richiesto alcun elemento volitivo dipendente dal venditore, viene egli a sancire che questo privilegio è nullo, non esiste, se il venditore non abbia entro tre mesi dal dì della avvenuta consegna fatta la trascrizione, che esamineremo in seguito? A quale scopo si invoca un atto volitivo del venditore, atto volitivo che per la sua essenza e per il fine a cui è diretto sarebbe dipendente da una facoltà non è concessa alla mente umana, dalla facoltà della prescienza, della divinazione di eventi futuri? Si noti che la trascrizione, diretta allo scopo voluto dal legislatore, non ha alcun valore se il fallimento venga dichiarato più tardi che tre anni dopo la consegna delle cose; quindi sottoponendo, nel caso di tempestività legittima di dichiarazione del fallimento, la validità e la esercibilità del privilegio, alla condizione che il creditore abbia fatta la trascrizione, è inevitabile il paradosso che il creditore abbia fatta la trascrizione e la debba fare, perchè, non più tardi di tre anni dalla consegna delle macchine, il compratore di queste sarà dichiarato fallito. Nè vale che la Commissione del 1869, nelle riportate motivazioni, dica che la trascrizione fu imposta affine di evitare le frodi che avrebbe potuto commettere il debitore; perchè, data pure questa possibilità, nulla di meglio potevasi fare che imporre, senza altro, l'obbligo della trascrizione fosse quello che desse vita al privilegio, in modo che il creditore sapesse non avere, la condizione dei tre anni, per termine *a quo* o *ad quem* la consegna, ma bensì la trascrizione stessa, come egregiamente avverte il Pagani (1); o, e ciò a parer nostro, toglier via affatto quella inutile formalità della trascrizione, la quale sminuisce ingiustificatamente l'entità del privilegio stesso. Si noti, poi, che questa formalità, imitata dal nostro legislatore commerciale, da quanto identicamente stabilisce l'art. 546 del Codice commerciale belga, fu trasformata in un serio ostacolo in causa della località stessa in cui è d'uopo la trascrizione venga fatta. Perchè, mentre il Codice belga ordina che la trascrizione venga fatta nella cancelleria del tribunale del circondario ove il venditore ha domicilio o la residenza, ecco che i compilatori del nostro Codice, teneri, come di solito, delle forme esteriori e del tecnicismo burocratico, mutano quella giusta disposizione in quella che si legge oggi nel terzo numero dell'artic. 773, con grave danno della facilità nell'adempimento di quella condizione (2). A finire questa parte critica, diremo che i due termini, sia quello della data della consegna, che quello dell'epoca in cui dev'essere fatta la trascrizione, sono perentorî; nè il venditore può addurre alcuna scusa per la mancata tempestività della trascrizione, trattandosi qui di un fatto che il legislatore intende considerare qual'è esteriormente, estrinsecamente; cioè esso è o non è; non essendo

(1) " Il privilegio del prezzo delle macchine vendute al fallito „ (*Diritto commerciale* [Rivista], vol. II, colonna 658).

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 504, § 4674; questo autore mostra l'evidenza di tale difficoltà.

è vano ricercare le cause che ne impedirono l'avveramento.

310. *Supposizione del legislatore riguardo alla qualità di straniero nel venditore di tali macchine. — Le altre condizioni per cui il venditore delle macchine può fruire del privilegio. — Trascrizione del documento che prova la vendita e il conseguente credito nello speciale registro pubblico. — Cos'è, dov'è e come funziona ed è tenuto codesto registro.* — Il legislatore, nello stabilire il privilegio dell'art. 773, n. 3°, per i venditori di macchine, aveva presenti le condizioni della industria in genere e della industria meccanica in ispecie, d'Italia, che non hanno una vita propria; sicchè, la industria che vuol valersi nel suo esercizio del sussidio delle macchine è costretta a ricorrere all'industria straniera e rendersi tributaria dell'estero. E la preoccupazione di rendere più facile con una particolare garantìa il commercio delle macchine coll'estero, si riscontra nella locuzione dell'art. 773, n. 3°. Nel quale si dice, nella sua ultima parte, che la consegna delle macchine si calcola *fatta al compratore nel Regno;* indizio sufficiente questo per mostrare come il privilegio di quest'articolo sia diretto, nell'interesse del legislatore, a favorire quegli industriali meccanici stranieri che forniscano macchine ai nazionali. Ed a proposito di questa chiara allusione alla qualità di straniero nel venditore delle macchine, non sembra inutile tentare qual valore abbia la locuzione più sopra rammemorata. Il legislatore volle, e questa potrebbe mostrarsi come un'altra condizione, che la consegna venga fatta nel Regno al compratore delle macchine; nè si dice se la consegna fatta nel Regno debba corrispondere alla vendita pur fatta nel Regno più che alla vendita fatta all'estero nello stabilimento del fabbricatore delle macchine, o tanto all'una che all'altra.

Non crediamo sostenibile, su ciò, alcuna altra opinione all'infuori di questa: che, la consegna dovendo essere fatta nel Regno e partendo il legislatore da questo fatto per la concessione del privilegio, è in tutto indifferente il luogo, non meno che il tempo in cui venga fatta la vendita; sicchè, in fondo, il criterio della vendita commerciale viene qui riaffermato dal legislatore commerciale, e chiaramente invece è respinto il criterio della vendita del diritto civile.

Da simile opinione deriva la soluzione di un quesito che si poteva proporre; se, cioè, la data della consegna sia quella del momento in cui la macchina esce dal magazzino o dall'opificio del fabbricante, oppur quella del momento in cui entra nella officina del compratore. Ora si può rispondere che, non solo la macchina dev'essere effettivamente consegnata al compratore nel costui opificio, ma anche deve esservi consegnata in condizioni da prestarsi allo esercizio industriale al quale è destinata; e ciò non solo, ma deve esservi adibita alla produzione industriale od agricola, entrare nell'effettivo esercizio della industria o della agricoltura.

Ed ora passiamo all'esame delle altre condizioni; ad esse aggiungiamo una condizione nata dallo sdoppiamento di quella che porta nel precedente § 309 il n. 5°, ed è questa: che il venditore faccia la trascrizione del documento e del credito nel registro apposito.

Il legislatore vuole che le macchine, delle quali non fu pagato il prezzo (1), perchè possano, in quanto da loro dipende, dar vita al privilegio a favore del venditore, debbano essere di *importante valore.* Cosa ha inteso il legislatore nello stabilire codesta condizione? Come e quando si dirà che una macchina è di tenue, piuttosto che

(1) Il Vidari aggiunge la condizione oziosa, a veder nostro, che vi sia un prezzo od un residuo di prezzo non pagato (op. cit., vol. VIII, pag. 501, § 4621).

di importante valore? A quale specie di valore allude il legislatore? Il Vidari, che ha in parte tentata la soluzione di questi dubbi, dice ben giustamente che " la difficoltà comincia allorquando si voglia rendere un po' più concreta la indeterminatissima espressione della legge: *macchine di importante valore* " (1); e ritiene che il valore a cui allude la legge, sia il valore misurato dal denaro, il valore *assoluto* in commercio, cioè il prezzo della macchina; e la determinazione del quando debbasi ritenere rilevante il prezzo di una macchina è lasciata, per quanto ingiustificatamente, al magistrato, al giudice delegato che ammette o non ammette i crediti al passivo.

Ciò, per vero, si ricava dalla legge: ma ciò non segna meno, per questo, un errore. Ben di spesso il valore delle macchine, degli apparecchi, degli utensili meccanici, è un valore al tutto relativo, che ha una grandissima influenza sul valore assoluto, sul prezzo delle macchine; sicchè, può ben darsi che una macchina il cui valore, o prezzo, non sia rilevante in se stesso, acquisti, invece, un importantissimo valore per il servizio che rende all'industriale al quale fu venduta e dal quale è impiegata.

Ad esempio: una macchina a vapore, un motore, nelle condizioni odierne della costruzione di tali macchine, ha un prezzo incomparabilmente sproporzionato al vantaggio che il suo impiego arreca alla industria alla quale assicura la forza prima. Un motore a gaz della forza di dodici cavalli metrici costa intorno a lire cinquemila di moneta italiana: può servire in una industria di tessitura di cotone che annualmente, coll'impiego di quella forza motrice, può produrre un lavoro pari a lire quattrocentomila della stessa moneta; nè la macchina si consuma in questo primo processo di produzione, mentre diggià la sproporzione è enorme tra il costo, il valore assoluto commerciale della macchina, e l'utile detratto dal suo impiego. Poi il fabbricante di quel motore a gaz produce annualmente tante di simili macchine o di altri congegni meccanici per più d'un milione di lire; quindi il valore relativo commerciale della macchina non può più considerarsi *importante* per il venditore. Ma allora, con quale criterio potrà il giudice delegato stabilire, in caso di fallimento del compratore della macchina, che questo motore è di valore importante, e, quindi, che il venditore deve godere il privilegio concesso in tale occasione dall'art. 773, n. 3°? Da quali elementi concreti, di fatto, potrà il giudice delegato trarre la convinzione della rilevanza del danno che il venditore della macchina potrebbe risentire, ove non fosse ammesso per il credito del prezzo non pagato della macchina munito del privilegio di cui quell'articolo del Codice di commercio lo riveste? Confessiamo che qui non è possibile se non invocare il criterio d'equità del giudice delegato per evitare abusi nella statuizione di questo elemento di concessibilità del privilegio: ciò che è deplorevole, dovendo il legislatore porger egli il sicuro lume, e la regola fissa dell'applicabilità delle sue formole di legge.

Altra condizione è, che le macchine sieno realmente impiegate negli esercizi di industria o di agricoltura (2) del compratore. Ma perchè codesta limitazione? Cos'ha a vedere il venditore con lo scopo a cui vuole dedicarla il compratore? Chi vende una macchina non deve preoccuparsi, ed è iniquo pretendere il contrario, di ciò che il compratore della macchina vorrà fare della stessa. Perchè mai il fabbricante di macchine dovrà vedere il suo credito tenuto in

(1) VIDARI, *ibidem*, pag. 498, § 4669.

(2) È abbastanza sorprendente questo nuovo criterio del legislatore commerciale di voler far cadere in fallimento un agricoltore?!! Ma da quando a questa parte un agricoltore può essere ritenuto commerciante; o da quando si può dichiarare il fallimento di chi non è commerciante?!! (Vedi la giustificazione, in parte accettabile, su ciò del VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 500).

minor considerazione, pel fatto del non impiego o dell'impiego diverso della sua macchina da parte del compratore di questa? Ma se Tizio compra una macchina per adibirla ad un impiego industriale e questa gli è opportunamente consegnata dal venditore; e poi ancor prima ch'ei possa impiegare, mettere in funzione la macchina viene dichiarato il di lui fallimento, dov'è il diritto di negare il privilegio al venditore? E nel caso in cui il compratore della macchina, quanto questa gli fu debitamente consegnata, abbia pensato di cederla ad altri in luogo d'impiegarla egli stesso, perchè dovrà venir meno il privilegio a vantaggio del venditore? Non proseguiamo nel rilevare le inconseguenze e le contraddizioni che irrompono dalla strana pretesa del legislatore: solo ne basta d'aver additato la disutilità della disposizione della legge su questo punto, e l'assurdità dell'aver richiesto una simile condizione.

Le macchine, poi, devono essere state vendute e consegnate al fallito, s'intende prima della dichiarazione di fallimento, perchè dopo questa sarebbe nullo anche il contratto di compra-vendita. Che debbano essere state vendute le macchine, ciò è giusto; ed è pur giusto che siano state vendute direttamente al fallito. Così non potrebbe godere alcuna sorta di privilegio del genere di quello dell'articolo 773, n. 3°, colui che avesse date ad un industriale macchine in deposito, in pegno, in comodato o in locazione; essendo già molto dubbio se, in simili casi, potessero tali macchine essere comprese efficacemente nel patrimonio commerciale del fallito, di fronte al rimedio della rivendicazione assicurato a chi veda cadere in possesso di creditori del depositario o del conduttore o del comodatario, gli oggetti a costui dati ad altro titolo che la vendita.

Quanto alla consegna, abbiamo già avvertito, in principio di questo paragrafo, che essa s'intende fatta solo quando la macchina sia messa nella materiale disponibilità del compratore; consegnata, cioè, nel costui stabilimento, officina, o nella località ove egli intenda riceverne la materiale consegna; e dippiù, aggiunge una sentenza della Cassazione di Torino, in data 28 gennaio 1890 (1), « perchè possa dirsi effettuata la consegna di una macchina, agli effetti del privilegio di cui all'art. 773, n. 3°, Codice di commercio, non basta ne siano stati consegnati i singoli pezzi disgregati, ma occorre bensì la loro unione in un tutto atto a funzionare »; e il criterio della Suprema Corte torinese, si può accettare, per quanto richiami troppo l'altro criterio, da noi combattuto, della effettività dell'impiego della macchina da parte del fallito La consegna dev'essere fatta al fallito; cioè a colui che ha commessa o comprata la macchina a proprio vantaggio, in persona propria; o per mezzo di suo rappresentante. Però, sembra più efficace il fatto della esistenza della macchina nello opificio della persona alla quale il venditore intese venderla, che non la vera ed autentica consegna di essa a colui che realmente deve considerarsi come il compratore o il consegnatario. Perchè con una interpretazione troppo ristretta si potrebbe cadere nell'esagerazione di negare al venditore della macchina il privilegio, perchè egli non la consegnò alla persona del fallito ma ad un di lui commesso o rappresentante non specialmente autorizzato a ricevere quella consegna.

Viene, ora, la condizione capitale della trascrizione del documento della vendita o del credito che dalla vendita deriva, a favore del venditore per il prezzo non ancor pagato della macchina stessa. Per l'adempimento di tale condizione è indispensabile, come avverte il Vidari (2), che la vendita

(1) *Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. VIII, colonna 227 e seguenti.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 503, § 4693.

della macchina sia avvenuta per atto scritto, non potendosi concepire la trascrizione di un atto, per qualunque sia lo scopo per cui è ordinata la trascrizione, quando non esista il documento originale che costituisce l'elemento, su cui solamente può aver vita la trascrizione.

Il legislatore ha richiesto, come già si è veduto, la trascrizione, per ottenere quella pubblicità che deve essere un freno ed un rimedio sufficiente ad impedire le frodi da parte del venditore o del compratore della macchina, a danno degli altri creditori; specialmente, o quasi esclusivamente, di quelli che contrattarono col commerciante prima della dichiarazione del fallimento, ma dopo la stipulazione della compra-vendita della macchina. Ad assicurarsi di questa pubblicità, il legislatore ha voluto che fossero assicurati i mezzi ad ottenerla, mediante una modalità che ha per se stessa i caratteri indispensabili ed inevitabili della pubblicità, non solo, ma che fa acquistare alla pubblicità un carattere ufficiale, sicuro, inoppugnabile. Essa può, quasi, per le macchine, paragonarsi all'ordinamento della burocrazia per la conservazione delle ipoteche; con la differenza, che la pubblicità delle ipoteche, quando sieno osservate tutte le condizioni e le norme della costituzione ed inscrizione e trascrizione del nuovo diritto *in re aliena*, può opporsi *adversus omnes*, compreso il proprietario dell'immobile gravato, in qualunque tempo fino alla estinzione del diritto; mentre la pubblicità della trascrizione, ordinata dall'art. 773, n. 3°, Codice di commercio, non ha nessun altro effetto, e ciò quando sia fatta tempestivamente, all'infuori di assicurare l'esercizio di un privilegio al venditore delle macchine.

Questo speciale registro per le trascrizioni, di cui parla il legislatore, è tenuto " nella cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione le macchine sono collocate, nei modi stabiliti con Regio decreto „. Dunque il venditore della macchina una volta che questa sia stata consegnata debitamente al compratore di essa, dovrà nel termine di tre mesi dalla data della consegna portarsi nella giurisdizione del tribunale (1), dove sono collocate le macchine e quivi chiedere la trascrizione del documento comprovante la vendita avvenuta, la consegna e il credito creatosi a suo favore, nel registro *ad hoc*. Ma la legge si esprime male, dicendo " il tribunale..... nella cui giurisdizione sono collocate le macchine..... „. Perchè quest'espressione ambigua può far nascere il dubbio che il venditore delle macchine debba in qualche modo tenersi al corrente della possibilità che le macchine vengano trasportate, dopo la fatta consegna, in luogo diverso da quello in cui la consegna avvenne. Noi crediamo, per non ripetere le osservazioni egregiamente fatte dal Pagani (2) e dal Vidari (3) sull'inopportunità della sede tribunalizia scelta per la trascrizione, che debbasi intendere il tribunale nella cui giurisdizione vennero, le macchine stesse, consegnate al compratore.

La trascrizione del documento su un simile registro sarà fatta dal cancelliere del tribunale, nei modi che il Regio decreto (4), di cui parla l'articolo 773, n. 3°, Codice di commercio, avrà stabilito; e le nullità che si incontrassero nella trascrizione, quando fossero indipendenti dal documento originale che fu presentato alla trascrizione, non nuocerebbero al creditore venditor delle macchine; essendo elemento

(1) Oggi non esistendo più i tribunali di commercio, si deve riferire la disposizione ai tribunali ordinari.

(2) Op. cit., e passo citato.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 504, § 4694.

(4) Di questo Regio decreto, che figura come una promessa del legislatore commerciale, non siamo riusciti a trovar traccia in nessuna delle Raccolte di leggi, decreti e regolamenti dello Stato.

indispensabile all'esercizio del privilegio la effettività della tempestiva trascrizione, e non la modalità perfettamente osservata nell'adempire all'obbligo dal legislatore imposto, quando codesta modalità e la sua osservanza dipendano da altra persona che chi si presenta per la trascrizione.

—

Art. 774.

Il curatore deve presentare al giudice delegato l'elenco dei creditori che pretendono di aver diritto di pegno od altro privilegio sopra i mobili.

Le contestazioni sull'esistenza del privilegio sono decise secondo le disposizioni dell'articolo 763 e seguenti.

Art. 775.

Se il prezzo dei mobili soggetti a speciale privilegio non basta al pagamento dei creditori privilegiati, questi concorrono, in proporzione di quanto rimane loro dovuto, coi creditori chirografarii nella distribuzione del resto dell'attivo.

Sommario.

311. *L'elenco dei creditori pignoratizi e privilegiati, presentato dal curatore al giudice delegato.*
312. *La decisione delle contestazioni sull'esistenza del privilegio e l'applicazione delle disposizioni dell'articolo* 763 *e seguenti.*
313. *Condizioni perchè i creditori privilegiati sui mobili concorrano coi chirografari nella distribuzione del resto dell'attivo.*
314. *Il prezzo dei mobili soggetti a speciale privilegio e il pagamento dei creditori su loro privilegiati. — L'articolo* 775 *e l'articolo* 809 *Cod. di commercio.*

311. *L'elenco dei creditori pignoratizi e privilegiati, presentato dal curatore al giudice delegato.* — " L'opportunità di far conoscere al giudice delegato quali siano i creditori che vantano diritto di pegno o di privilegio, e di attribuire al curatore che solo ne ha i mezzi, la formazione del relativo elenco, non può essere controversa; ed è certo del pari che tale elenco dev'essere fatto al più presto possibile, affinchè sia dato al giudice delegato di avervi riguardo, nelle operazioni relative alla verificazione dei crediti. Riproducendo la disposizione del Codice vigente, sembra che debba pur conservarsi, la latitudine ivi ammessa circa il tempo, in cui l'elenco dev'essere presentato, affine di evitare le questioni, alle quali potrebbe dar luogo una determinazione più positiva „ (1). Così il legislatore tenta di giustificare la strana positura dell'art. 774 del Codice di commercio, gettato lì a regolare una materia in un punto in cui, per le cifre della legge commerciale, la materia stessa ha già ottenuto quel definitivo svi-

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 14 marzo 1872 - Verbale 886.

luppo, che l'ha portata al definitivo scioglimento. Già parlammo della inopportunità dell'articolo 774 nell'ordine cronologico della procedura di fallimento, e dell'accordo degli autori nel considerare benignamente codesta inconseguenza del legislatore commerciale, accontentandosi essi, nei loro commenti, di premettere l'illustrazione di questo agli altri articoli contenuti nella sezione che tratta: *dei creditori con pegno od altro privilegio sui beni mobili.* Veramente, una ulteriore critica essendo superflua, ci limitiamo ad accennare il beneficio che questa prescrizione del legislatore intende arrecare alla speditezza della procedura di fallimento. Locchè è evidente, quando si consideri, che codesti crediti necessitano d'una speciale attenzione, dovendosi in essi considerare, non solo la validità del credito, ma anche la validità della garantìa speciale vantata dal creditore in appoggio del suo credito, e la validità, quindi, del credito rivestito della garantìa, come la validità del credito, puro e semplice. Nella compilazione di quest'elenco il curatore, cui è onninamente confidato, deve usare la massima diligenza, nè gli è permesso di arbitrarsi sulla accettazione nell'elenco di un credito preteso pignoratizio o privilegiato, o sulla sua esclusione: il giudizio su ciò essendo riserbato al giudice delegato, al quale si deve trasmettere il privilegio. Si può trascurare l'avvertenza che i crediti, da comprendersi nell'elenco, devono essere stati presentati nel termine ordinario dell'articolo 758, o in quello dell'art. 764; o nel termine prorogato dagli articoli 759 e 769 combinati, o, infine nell'ultimo termine possibile, enunciato dall'art. 770 primo comma. In questa guisa si rende comprensibile la mancanza di epoca fissa per la compilazione dell'elenco e la sua presentazione al giudice delegato, mancanza che forma una menda dell'articolo in esame.

312. *La decisione delle contestazioni sull'esistenza del privilegio e l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 763 e seguenti.* — L'articolo 665 dell'abolito Codice di commercio, pari all'articolo 551 del vigente Codice di commercio francese, e che fu riprodotto quasi integralmente nell'art. 774 dell'attual Codice di commercio italiano, assegnava al giudice delegato e, secondo le particolari disposizioni dell'art. 608 dello stesso Codice, all'autorità giudiziaria competente, la decisione delle contestazioni sulla esistenza del privilegio preteso intorno al credito. Il Codice attuale nel secondo comma dello articolo 774 attribuisce al giudice delegato tale decisione con l'osservanza delle norme stabilite negli art. 763 e seguenti dello stesso Codice. Se non che, alcune varianti si riscontrano nel confronto del sistema intorno a ciò costituito dall'articolo 665 abolito Codice, col sistema a cui dà vita il secondo comma dell'art. 774 del Codice attuale. In esso " .....è del pari evidente, che le pretese relative alla sussistenza dei titoli speciali di preferenza, appena presentino qualche difficoltà, debbono essere verificate in contradditorio nel giorno della chiusura del processo verbale della verificazione dei crediti e formar parte di quell'unico giudizio, che in seguito ad essa deve aver luogo per tutti i crediti contestati..... „ (1). Dunque, lo scopo del richiamo del legislatore alle disposizioni degli articoli che numericamente precedono l'articolo in esame, hanno, più che altro, riferimento soltanto all'articolo 763; le disposizioni dei *seguenti* articoli a cui pure si rimette il secondo comma dell'articolo 774, saranno applicabili in quanto riguardino la decisione delle contestazioni che sfuggirono alla competenza del giudice delegato, o che il giudice delegato non volle, o non seppe, o non potè decidere. Nè qui è il caso di richiamare, punto per punto, la applicabilità degli articoli 764 e seguenti,

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 836.

alla disposizione contenuta nell'art. 774 che esaminiamo, dopo le ampie dilucidazioni fatte su ciascuno di quegli articoli anche nei loro rapporti colle altre operazioni, nominate nelle fasi successive della procedura di fallimento. Tuttavia, per quanto possa parer tassativa la disposizione dell'articolo 774, che richiama gli articoli 763 e seguenti e non già quelli che precedono, devesi ritenere che il giudice delegato può, anche riguardo ai crediti privilegiati nominati nell'elenco presentatogli dal curatore, valersi delle facoltà concessegli, relativamente alla verifica preliminare degli articoli 761 e 762, allo scopo di assumere tutte quelle notizie che creda utili a bene stabilire la validità del vantato privilegio (1).

313. *Condizioni perchè i creditori privilegiati sui mobili concorrano coi chirografarî nella distribuzione del resto dell'attivo.* — Il legislatore del 1882 riprodusse in un particolare articolo, l'articolo 775 del Codice di commercio, la disposizione che il Codice del 1865 conteneva nell'ultima parte dell'articolo 663, come necessario contrapposto alla disposizione in forza della quale il sovrappiù del prezzo ricavato dalla vendita del mobile su cui cadeva il privilegio, dovesse essere consegnato dal creditore privilegiato all'amministrazione del fallimento. Nulla dice il verbale della Commissione (2), su questo articolo 775, che meriti d'esser riferito; epperò risparmiamo al lettore un'inutile perdita di tempo.

Perchè, adunque, diventi attuabile l'articolo 775, è necessario il concorso di tre condizioni: 1° la esistenza e la validità di un credito privilegiato come tale ammesso al passivo; 2° la vendita autorizzata dal giudice delegato ed avvenuta al pubblico incanto dell'oggetto mobile su cui cadeva il privilegio; 3° il pagamento, col prezzo ricavato dalla vendita, del creditore privilegiato e la non completa reintegrazione del credito presentato. Concorrendo le tre suesposte condizioni il creditore perde il privilegio, perchè viene a mancargli l'oggetto sul quale esso cadeva, mentre il credito che residua verso il fallito si conserva bensì, ma diventa un credito nudo, un credito chirografario, soltanto però per quella somma del primitivo ammontare del credito che non fu pagata per mancanza del prezzo. Se poi il creditore privilegiato consenta o domandi l'aggiudicazione dell'oggetto, questa si farà, come già si è avvertito, per stima peritata del valor mercantile dell'oggetto, e, in caso che l'ammontare del credito munito del privilegio superi quel prezzo di stima, il creditore godrà ugualmente del beneficio dell'articolo in esame. Non è, però, vietato che la massa dei creditori compri essa direttamente l'oggetto del privilegio; riscatti, cioè, il pegno o recuperi il privilegio, come è stabilito dall'art. 772 Codice di commercio, pagando integralmente il credito del creditore privilegiato, e lo disinteressi, per tal guisa, completamente dalla massa patrimoniale del fallimento; in tal caso non è più applicabile in nessun modo l'articolo 775, come non lo potrebbe essere, il che si disse a suo tempo, il disposto dell'ultimo capoverso dell'articolo 772, relativo al sovrappiù del prezzo ricavato dalla vendita del pegno (3)

314. *Il prezzo dei mobili soggetti a speciale privilegio e il pagamento dei creditori su loro privilegiati. — L'articolo 775 e l'articolo 809 Codice di commercio.* — Immediatamente successivo all'articolo 551, pari al nostro articolo 774 coordinato con l'articolo 775, il Codice di commercio francese pone l'articolo 552, che dà una disposizione identica a quella contenuta nell'art. 809 del

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 362, n. 419.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 836.

(3) Cfr. DALLOZ, *Répert.*, voce *Faillite*, § 1062.

nostro Codice di commercio. In effetto, la relazione tra gli articoli 775 e 809, per quanto numericamente così discosti l'uno dall'altro, è più stretta di quello che può sembrare. Giacchè, mentre l'art. 775 ammette, come creditori chirografari, alla distribuzione dell'attivo del fallimento quei creditori privilegiati sui mobili, cui, con il ricavato della vendita degli oggetti sui quali cadeva il privilegio, non si potè integralmente rimborsare l'ammontare del credito; l'articolo 809 stabilisce che a questi creditori venga, immediatamente dopo il soddisfacimento delle spese di giustizia e di amministrazione, pagato il residuo loro credito con le somme di danaro appartenenti al fallimento. Ciò è equo e doveroso; perchè mentre ben di spesso con la perdita del loro privilegio, avvenuta per la vendita dell'oggetto su cui la garantìa cadeva, il creditore privilegiato ha recato un vantaggio alla massa dei creditori chirografari, costoro nessun compenso gli hanno elargito per la minorata sicurezza del suo credito, quanto al residuo non soluto. A questo stato di cose, che si poteva risolvere in un danno più grave pel creditore già privilegiato sui mobili, volle porre rimedio il legislatore italiano con la disposizione dell'art. 809, che esamineremo più ampiamente, quando se ne presenterà il momento.

La supposizione, da cui parte l'art. 775, è che i creditori privilegiati sui mobili siano stati effettivamente pagati col prezzo ricavato dalla vendita di quelli; e che dal prezzo deliberato nella vendita, non sia risultato sufficiente capitale per tacitare interamente la ragion di credito d'ognuno dei creditori privilegiati, in confronto dei quali si procedette alla vendita degli oggetti che costituivano la garantìa del loro credito.

—

SEZIONE II.

DEI CREDITORI PRIVILEGIATI OD IPOTECARI SUGLI IMMOBILI

Art. 776.

Se una o più ripartizioni del prezzo dei beni mobili ha luogo prima della distribuzione del prezzo degli immobili, i creditori privilegiati o ipotecari, i crediti dei quali sono già verificati, concorrono alle ripartizioni in proporzione dell'intiero loro credito, salve le separazioni accennate in appresso.

Art. 777.

I creditori privilegiati o ipotecari, che dopo la vendita degli immobili sono definitivamente collocati sul prezzo in grado utile per la totalità dei loro crediti, non ricevono la quota di prezzo loro assegnata che fatta deduzione delle somme da essi ricevute nelle ripartizioni della massa chirografaria.

Le somme in tal modo detratte non rimangono agli altri creditori ipotecari, ma sono devolute alla massa chirografaria e in essa distribuite.

Sommario.

315. *Il sistema dei privilegi sugli immobili e delle ipoteche secondo il Codice civile. — Applicazione di questo sistema di fronte agli articoli* 776 *a* 779 *del Codice commerciale. — L'articolo* 1993 *del Codice civile.*

316. *La posizione dei creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari di fronte alle ripartizioni d'attivo del fallimento.*

317. *Condizioni e limiti del concorso dei creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari alle ripartizioni, che precedono la distribuzione del prezzo degli immobili.*

318. *Creditori privilegiati sugli immobili od ipotecari collocati sul prezzo ricavato dalla vendita degli immobili. — Misura della distribuzione a cui hanno diritto.*

319. *Deduzione delle quote già avute. — Quali sono codeste quote e come e quando simili creditori le ricevettero. — A chi si devolve il residuo eventuale del prezzo degli immobili, quando sono stati pagati tutti i creditori su quello privilegiati.*

320. *I creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari e le disposizioni degli articoli* 700, 709, 710, 767, 779, 791, 809 *e* 834 *del Codice di commercio. — Rinvio.*

315. *Il sistema dei privilegi sugli immobili e delle ipoteche secondo il Codice civile. — Applicazione di questo sistema di fronte agli articoli* 776 *a* 779 *del Codice di commercio. — L'art.* 1993 *Codice civile.* — Oltre il privilegio sui mobili il Codice civile consente, e il Codice di commercio riconosce, alcuni privilegi sugli immobili a beneficio dei creditori. Di questi privilegi gli uni hanno una ragione ed una causa loro propria di esistenza, ed altri invece non segnano che un prolungamento, una collocazione sussidiaria del credito privilegiato sui mobili, sulla generalità dei mobili del debitore, sul prezzo degli immobili: tali crediti collocati sussidiariamente hanno preferenza sui crediti chirografari.

Questo sistema del vigente diritto civile italiano segna un lodevole miglioramento sui sistemi delle legislazioni precedenti; le quali attribuendo ad alcuni crediti un diritto di prelazione su alcuni altri, non accordavano tuttavia il soddisfacimento con prelazione se non si erano dal creditore che vantava il privilegio, osservate condizioni di pubblicità più o meno rigorosamente imposte, le quali furono dal legislatore relegate giustamente col credito al quale erano rivolte, nel numero delle norme e dei crediti relative e garantiti dall'ipoteca legale. Allora, poi, fu possibile l'efficacia intera dell'articolo 1952 del Codice civile, e fu attuata una completa differenziazione, sia per la causa che per lo scopo, del credito privilegiato sugli immobili, dall'ipoteca sia legale che convenzionale. Così, noi troviamo fra le ipoteche alcuni crediti privilegiati sugli immobili, nei quali la vera ragione dell'ipoteca verrebbe meno a volerli considerare un po' sottilmente; ma tuttavia manca in essi la causa e la ragione del privilegio, sussistendo invece il bisogno di quelle forme proprie e caratteristiche della costituzione e vita delle ipoteche (1).

I privilegi sopra gli immobili, di cui parla il Codice civile, sono noverati agli art. 1961 e 1962 del Codice, e sono aderenti alla cosa stessa in causa della quale son nati. Il credito per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gli immobili spropriati ed è preferito a qualunque altro credito. Questa prelazione assoluta di un tal credito, nato dopo tutti gli altri e quando per causa del pagamento degli altri crediti privilegiati sull'immobile si passa alla spropriazione, è limitata, però, ai crediti

(1) Cfr. LUZZATI, op. cit., vol. I, parte II, p. 716 e segg., n. 974 e seguenti.

privilegiati sugli immobili, nè tocca ai diritti privilegiati che riguardano i mobili, sia nella loro generalità, che in particolare,

Sono parimente privilegiati; i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovrimposte comunali e provinciali, sopra gli immobili tutti del contribuente situati nel territorio del comune in cui si riscuote il tributo, e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali d'esecuzione autorizzati dalla legge. Hanno pure privilegio i crediti dello Stato pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili che ne furono l'oggetto. Tale privilegio si limita ai diritti reali di ogni genere acquistati sui fondi dai terzi, prima del trasferimento soggetto della tassa, e non può neppure farsi valere contro i terzi possessori dell'immobile per supplemento di tassa. Lo stesso privilegio, inoltre, per quanto riguarda le tasse di successione, non ha effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto, che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e neppure a danno dei creditori, che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.

I crediti privilegiati su tutti i mobili del debitore sono, le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili nell'interesse comune dei debitori; le spese funebri necessarie secondo gli usi; le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore; le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi, i salari delle persone di servizio, dei commessi ed institori del commerciante per ugual tempo, e i salari degli operai impiegati direttamente dal fallito per l'ultimo mese che precede il fallimento; ma non i crediti dello Stato per ogni tributo diretto dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovrimposte comunali e provinciali, neppure non aventi carattere di tributo fondiario; tutti questi crediti vengono collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili del debitore, con preferenza sui crediti chirografari. Veramente l'art. 1963 dice che sono soltanto i crediti indicati nell'articolo 1956 quelli che godranno il vantaggio suddetto; e noi avendovi compresi anche i crediti privilegiati su tutti i mobili del fallito, quali sono stabiliti dall'artic. 773, numero 1° del Codice di commercio, sembra abbiamo esteso indebitamente la comprensività dell'art. 1963; il che non è. Chi ben guardi s'accorgerà tosto della perfetta razionalità dell'estensione; perchè l'artic. 773, numero 1°, parifica al privilegio del 4° numero dell'art. 1956 Codice civile, il credito sui salari d'un mese degli operai direttamente impiegati dal fallito, e i crediti di sei mesi degli institori e commessi di lui.

Non crediamo opportuno alcun accenno al sistema delle ipoteche qual'è costituito nel diritto civile italiano; un breve accenno sarebbe meno che nulla; una trattazione appena appena succosa ci trarrebbe già troppo fuori dal nostro tema. Ognun sa che l'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione. Essa è indivisibile e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte, secondo l'aforisma giustinianeo " *est tota in toto et tota in qualibet parte* ". Essa è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore; non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra i beni specialmente indicati e per una determinata somma di danaro. L'ipoteca colpisce tutti i miglioramenti e le costruzioni e qualunque altra accessione dell'immobile ipotecato. Tutti i beni immobili che sono in commercio sono capaci d'ipoteca ed essa colpisce anche quegli accessori che sono immobili. L'ipoteca può legalmente costituirsi sull'usufrutto dei beni stessi coi loro accessori, ad eccezione del-

l'usufrutto legale degli ascendenti. Sono capaci d'ipoteca i diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici, e le rendite dello Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico. Le ipoteche sono di tre specie: convenzionale; giudiziale; legale; la loro specie si desume dal modo e dalle cause e dalla ragione del loro nascimento e dalla loro intensità. L'ipoteca è resa pubblica mediante la iscrizione nell'ufficio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati. Essa conserva la ipoteca per trent'anni dalla sua data; e il suo effetto cessa se non è rinnovata prima della scadenza di quel termine. L'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua inscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente. Il numero d'ordine dell'iscrizione determina il grado dell'ipoteca; e le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili concorrono tra loro senza distinzione di grado. L'iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado le spese dell'atto, quelle dell'iscrizione e rinnovazione e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione. L'iscrizione d'un capitale che produce interessi serve, se la misura di questi vi è enunciata, per far collocare allo stesso grado gl'interessi dovuti per le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto di pagare, intimato prima di procedere alla spropriazione, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle inscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal dì della loro data. Nei casi di purgazione e di spropriazione forzata i diritti dei creditori ipotecari, rimangono inalterabilmente fissati con la iscrizione ipotecaria legale in favore della massa dei creditori (vedi articoli 2042 e 2089 Codice civile). Le ipoteche si estinguono coll'estinguersi dell'obbligazione; colla distruzione dell'immobile gravato; con la rinunzia del creditore, col pagamento dell'intero prezzo del credito nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione; con lo spirare del termine a cui furono limitate; col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta; colla prescrizione del credito, o colla prescrizione trentennale.

Tale essendo il sistema del Codice civile riguardo ai crediti privilegiati sugli immobili ed alle ipoteche, devesi ritenere che le disposizioni del Codice di commercio raccolte sotto la sezione II^a^ " *Dei creditori privilegiati od ipotecari sugli immobili*, capo II, titolo III, libro terzo, non arrecano alcuna sostanziale modificazione alla vita di questi diritti *in re aliena* nel caso di fallimento del creditore. Tuttavia, per ciò che riguarda la estinzione delle ipoteche e dei crediti privilegiati, è da osservarsi, che venendo i beni del debitore sui quali essi cadevano, nella disposizione dei creditori della massa per le disposizioni del Codice di commercio, la estinzione dei diritti su quelli gravanti si ha *ipso facto;* cioè per la dichiarazione di fallimento diventano esercibili i diritti inerenti al privilegio o all'ipoteca per il ricupero del credito. Ma tale immediata esercibilità vien subordinata agli interessi della massa dei creditori chirografari; e i creditori privilegiati sugli immobili o ipotecari possono in qualunque stadio della procedura di fallimento, purchè la validità del loro diritto reale sia stata riconosciuta e verificata, essere disinteressati di fronte ai beni del loro debitore, mediante il pagamento integrale del loro credito. Nel caso in cui, procedendosi alla vendita dell'immobile su cui cadeva il loro diritto, il prezzo ricavatone non valga a soddisfare interamente il loro credito, essi perdono il privilegio con la perdita dell'immobile su cui si stendeva, e, diventati, pel residuo del credito, creditori chirografari, concorrono con gli altri creditori in identica qualità giuridica sulla massa patrimoniale del fallimento. Questa particolare modificazione della vitalità del-

l'ipoteche e delle iscrizioni sui beni di un debitore fallito è già preveduta dall'articolo 1993 del Codice civile; che, appunto, rimette alle leggi commerciali (l'antico articolo 555 dell'abolito Codice di commercio), la regola di simile contingenza: e questo articolo è pari all'art. 709 dell'attuale Codice del quale discorreremo, su questa materia al § 320.

316. *La posizione dei creditori privilegiati sugli immobili ipotecari di fronte alle ripartizioni d'attivo del fallimento.* — Checchè dica in contrario una sentenza dell'appello di Torino in data 10 febbraio 1885 (1), per la quale " i creditori privilegiati e ipotecari non sono tenuti a far verificare i loro crediti nella procedura di fallimento, per potere poi farli valere nel giudizio di graduazione sul prezzo degli immobili vincolati „, è fuor di dubbio che anche codesti creditori, trattandosi del fallimento del loro debitore, devono uniformarsi alle disposizioni tutte della verificazione dei crediti: perchè, oltre che lo spirito, la lettera stessa della legge ve li chiama; e su ciò dottrina e giurisprudenza sono pienamente concordi. Per la loro ammessione al passivo, i creditori del fallito, privilegiati sugli immobili o ipotecari, acquistano i diritti che vengono a loro riguardo regolati dagli art. 776 a 779 del Codice di commercio. Le disposizioni in essi contenute " hanno principalmente lo scopo di determinare quali sieno i diritti di tali creditori di fronte ai creditori chirografari, rispetto ai beni non obbligati specialmente ai loro crediti, nelle varie ipotesi che possono verificarsi. Può avvenire in primo luogo, che prima del compimento del processo di espropriazione sugli immobili vincolati al privilegio od all'ipoteca, l'amministrazione del fallimento abbia realizzato delle somme del residuo patrimonio del fallito. Su queste somme tutti i creditori hanno uguale diritto, ed i titoli speciali di privilegio spettanti ad alcuni di essi, non possono essere per essi, motivo di esclusione. Anche i creditori privilegiati od ipotecari ricevono quindi la loro quota in concorso con gli altri creditori, e in proporzione dell'intero credito „ (2). Così disponeva lo articolo 667 del Codice di commercio abolito; e tal disposizione a buon dritto dal legislatore del 1882, ritenuta eccellente, fu riportata nell'attual Codice all'art. 776; la sola modificazione che differenzia i due articoli, è data dalla soppressione dell'inciso relativo alla conferma del credito mediante il giuramento che non figura più nell'articolo 776 dell'attual Codice di commercio.

Nel Codice commerciale francese l'articolo 553 corrisponde all'articolo 667 del nostro Codice del 1865. Così l'articolo 776 riconosce nei creditori privilegiati sugli immobili ed ai creditori ipotecari il diritto, per ottenere il pagamento dei loro crediti, di concorrere coi creditori chirografari, sulla massa dell'attivo del fallimento in parità di condizioni e di trattamento con essi: ed essendo questa massa d'attivo costituita precipuamente, se non esclusivamente, di beni mobili, qui vediamo il privilegio sugli immobili o l'ipoteca stendere indirettamente la loro virtù anche sui mobili del debitore (3). Tuttavia convien osservare, che, per l'applicazione dell'articolo 776 come degli altri compresi sotto la stessa sezione II^a^, è indispensabile che il creditore ipotecario o privilegiato sugli immobili abbia concorso al passivo osservando le norme prescritte riguardo alla menzione dell'ipoteca o del privilegio di cui è rivestito il suo credito (4); in caso diverso

(1) *Il Diritto commerciale* (Rivista), vol. III, colonna 550 e seguenti.

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 839.

(3) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 368, n. 424.

(4) Sentenza Cass. di Napoli, 27 gennaio 1888 (*Il Diritto comm.* [Rivista], vol. VI, colonna 720).

egli non potrà mai a verun conto pretendere il favore accordato a tale categoria di creditori del legislatore commerciale; e neppure a questo trattamento particolare può essere ammesso il creditore che avendo, per riguardo al privilegio od all'ipoteca del cui diritto è rivestito il suo credito, ottemperato alle disposizioni dell'art. 740 del Codice di commercio, sia però stato ammesso al passivo secondo le disposizioni dell'art. 767 (1), come chirografario, e provvisoriamente. La qualità particolare di creditore a cui è concesso il vantaggio dell'art. 776 e seguenti, dev'essere non presunta o provvisoria, ma provata e definitiva; ciò che è assolutamente indispensabile.

317. *Condizioni e limiti del concorso dei creditori privilegiati sugli immobili e ipotecarî alle ripartizioni che precedono la distribuzione del prezzo degli immobili.* — La condizione fondamentale per cui il creditore privilegiato sugli immobili o ipotecario possa godere del diritto accordatogli dall'articolo 776, è, evidentemente, quello della validità del credito col diritto sui beni immobili del fallito, verificato debitamente. Su questa condizione non è d'uopo insistere perchè d'essa si è già parlato nel precedente numero. Altra condizione, che scaturisce più direttamente dal contesto dell'articolo in esame, è che abbiano luogo, prima della distribuzione del prezzo degli immobili, delle ripartizioni, una almeno, del prezzo dei mobili del fallimento. Quando ripartizioni di questo prezzo non abbiano luogo, i creditori ipotecari e privilegiati sugli immobili, non hanno diritto di pretendere che a loro vantaggio si passi ad una distribuzione del prezzo dei mobili, sui quali, prima di loro e più di loro, hanno diritto i creditori pignoratizî e privilegiati sui mobili. Così si mostra, che le ripartizioni di cui parla l'art. 775, hanno luogo per disposizione di legge indipendentemente dall'articolo in esame.

Un'altra condizione, nè di poco momento, che deriva da questa, è la condizione dell'esistenza del prezzo di mobili; condizione che implica, non diremo l'esistenza di mobili, perchè sarebbe assurdo il supporre che in un fallimento la sostanza del debitore non si componesse anche, in parte, di mobili; ma sibbene della vendita diggià avvenuta dei mobili e della esistenza del prezzo da quella vendita ricavato. Allora noi vediamo che il momento in cui può rendersi attuoso l'art. 776, eccettuato il caso in cui dipenda dall'applicazione degli articoli 736 e 750 coordinati, si porta ben avanti nel corso della procedura di fallimento. Tali distribuzioni avendo luogo, è indispensabile che il momento in cui vengono fatte preceda la distribuzione del prezzo degli immobili. Ciò è ben naturale: perchè il privilegio e l'ipoteca, a cui si riferisce l'art. 776, cadendo sugli immobili, è su quel prezzo che deve essere prelevato l'ammontare del credito del creditore ipotecario o privilegiato.

Altra condizione del concorso di cotali creditori coi creditori chirografari, è che la quota di prezzo che sarà loro distribuita non superi la proporzione delle altre quote distribuite agli altri creditori; solamente essa sarà proporzionata all'intero ammontare del loro credito; e quante saranno le ripartizioni d'attivo che si faranno prima della distribuzione del prezzo degli immobili, ad altrettante avrà diritto di partecipare il creditore dell'articolo in esame. Però è da osservare, che la proporzione della quota che gli verrà assegnata, non sarà più sull'intero ammontare del suo credito originariamente considerato, ma su questo intero ammontare fatta deduzione

(1) Sentenza Appello di Brescia, 11 dicembre 1888 (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. VII, colonna 58). — Questa sentenza riforma il dettato dell'Appello di Torino, nella sentenza più sopra citata.

delle quote precedentemente ricevute. Così almeno, interpretiamo noi il disposto della legge; e così sembra richiedersi dalla ragione stessa del disposto.

Da ultimo, il diritto che l'art. 776 accorda ai creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari, è subordinato, quanto al suo esercizio, a ciò che dispone il legislatore negli articoli che verremo esaminando, riguardo alla liquidazione dell'attivo; perchè nessuno deve aver pregiudizio da un favore fatto a codesta categoria di creditori. Però, i creditori, a cui è applicabile l'art. 776, hanno diritto di concorrere all'attivo del fallimento sulle ripartizioni del prezzo degli immobili, anche per quella quota di frutti che loro si spetti secondo il disposto dell'articolo 700 (1).

318. *Creditori privilegiati sugli immobili od ipotecari collocati sul prezzo ricavato dalla vendita degli immobili. — Misura della distribuzione a cui hanno diritto.* — Può avvenire che i creditori privilegiati od ipotecari non possano fruire del vantaggio assicurato loro dall'articolo 776 o ne fruiscano solo per una parte del loro credito: a questi casi provvede l'art. 777 Codice di commercio. La Commissione del 1869 (2), riguardo all'articolo in esame, così si esprimeva: "..... avvenendo più tardi la loro graduazione definitiva sul prezzo ricavato dalla vendita degli immobili, quei creditori possono essere collocati definitivamente sul medesimo in grado utile per la totalità dei crediti loro, o soltanto per una parte di essi. Se sono collocati in grado utile per la totalità del credito è naturale che essi non possano ricevere nuovamente quelle parti del credito di cui furono rimborsati colle ripartizioni ricevute dalla massa comune. Neppure è naturale che di quelle somme possano avvantaggiarsi gli altri creditori privilegiati o ipotecari che loro succedono con grado inferiore sugli immobili stessi, ma è giusto, invece, che le medesime ritornino alla massa comune, da cui furono momentaneamente distratte, e vengano con essa distribuite a quelli che vi avrebbero avuto diritto, se la distrazione non avesse avuto luogo „. Tale è il criterio che si deve raccogliere dal contesto dell'art. 777 criterio che risulta dal coordinamento dell'articolo 668 del Codice di commercio del 1865 coll'articolo 597 del Codice commerciale albertino: del quale ultimo è quasi integralmente riprodotta la disposizione del primo alinea ultima parte nel primo alinea dell'articolo 777.

Nell'applicazione del disposto di questo articolo possono presentarsi due ipotesi di cui una si sdoppia in due parti. La prima ipotesi che si presenta è quella che suppone il caso in cui il creditore sia bensì collocato definitivamente sul prezzo, ma non in grado utile; la seconda è data, nella sua prima parte, dal supposto che il creditore sia collocato in grado utile per l'intero ammontare del suo credito; e nella seconda parte che la collocazione in grado utile avvenga ma per una parte solo del credito. Nella prima ipotesi, quella cioè della collocazione in grado non utile, nessun diritto può competere al creditore che si trovi in tal condizione; egli però, nel caso abbia diggià partecipato alle distribuzioni di cui parla l'articolo 776, non concorrerà più per l'intero ammontare del suo credito cogli altri creditori chirografari sulla massa chirografaria del fallimento, ma concorrerà soltanto per la parte residua; come però concorrerà per l'intero ammontare del suo credito nel caso in cui nulla abbia ricevuto precedentemente, perchè non si rese applicabile l'art. 776 (3). Nella seconda ipotesi, quanto al primo supposto, se il creditore fu collocato in grado

(1) Sentenza Corte d'Appello di Torino, 5 maggio 1890 (*Il Diritto commerc.* [Rivista], vol. VIII, colonna 773).

(2) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 – Verbale 837.

(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 507, § 4680 *c*),

utile per l'intero ammontare del suo credito, egli concorrerà effettivamente per tutto l'ammontare e questo gli sarà integralmente pagato (1), quando non abbia fruito dei vantaggi dell'art. 776; e sarà invece pagato per la residua quota non soluta dell'intero ammontare del suo credito, se quell'articolo si rese applicabile. Pel caso, poi, in cui la collocazione in grado utile non si abbia che per una quota del credito intero, il creditore privilegiato può trovarsi ancora nel caso in cui sia stato applicato l'articolo 776: se questo articolo fu applicato e il creditore abbia ricevute tante quote di ripartizioni che il residuo credito corrisponda a quella parte collocata utilmente sul prezzo degli immobili, allora egli rimarrà completamente pagato con questa ultima quota che viene ad aggiungersi a quelle pagate prima sul prezzo di mobili e la massa chirografaria si surroga nelle sue ragioni (2); o, invece, l'articolo 776 non fu applicato e il credito non è ammesso utilmente per l'intero suo ammontare. Nel qual caso " il suo diritto sulla massa chirografaria è regolato definitivamente in proporzione della somma della quale è rimasto creditore dopo la collocazione, e la massa è surrogata in suo luogo per ciò che avesse conseguito, sulle ripartizioni mobiliari, oltre la somma non collocata „ (3). Così interpretando la disposizione dell'art. 777 si vede come il legislatore commerciale vi si sia dimostrato ossequente alle regole stabilite dal diritto civile, attinenti alla distribuzione del prezzo degli immobili fra i creditori che su quelli godano privilegio od ipoteca; e come, seguendo il criterio d'equità più che di stretto diritto, abbia voluto chiamare i creditori che dovrebbero essere *unicamente* ed *esclusivamente* pagati sul prezzo degli immobili sui quali cadeva il loro diritto, a partecipare a quelle parti di danaro di fallimento che dipendono dalla sostanza mobile del fallito. Qui s'avverta che la giurisprudenza ha stabilito che " la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita degli immobili del fallimento deve seguire separatamente dalle altre attività della fallita con le norme del procedimento ordinario 'civile ed a cura del giudice civile „ (4). E perciò che riguarda la collocazione sul prezzo degli immobili, della quale parla l'articolo 776, è pure accettabile il dettato della stessa sentenza secondo cui: " anche il creditore chirografario del creditore ipotecario ha facoltà di chiedere collocazione in sott'ordine „ (5); essendo quest'opinione fondata nel principio che tutti i beni del debitore sono la garanzia del creditore, e non potendosi revocare in dubbio che la ipoteca del debitore sui beni di un debitore di costui non rappresenti pel creditore ipotecario d'un terzo, una quota parte dei beni del suo debitore.

319. *Deduzione delle quote già avute. — Quali sono codeste quote e come e quando simili creditori le ricevettero. — A chi si devolve il residuo eventuale del prezzo degli immobili, quando sono stati pagati tutti i creditori su quello privilegiati.* — Se il legislatore, nell'intento di provvedere ai vantaggi dei creditori ipotecari o privilegiati sui mobili, volle, seguendo più il criterio dell'equità che quelli dello stretto diritto, beneficarli col disposto dell'art. 776, ciò nulla meno sarebbe stato ingiusto che poi non tenesse calcolo di quelle quote del credito che sono già state pagate, ammet-

(1) VIDARI, *ibidem*, § 4678 *a*); CALAMANDREI, op. cit., pag. 370, n. 425.

(2) PAGANI, op. e fasc. citati, pag. 112, n. 79; VIDARI, *ibidem*; CALAMANDREI, *ibidem*.

(3) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 370, n. 425; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 504, § 4679 *b*). Conforme è la dottrina francese: Cfr. RENOUARD, op. cit., vol. I, pag. 683; BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., parte 2ª, vol. V, n. 552.

(4) Appello di Venezia, 13 dicembre 1889 (*Il Diritto commerciale* [Rivista], vol. VIII, col. 240 e seguenti).

(5) Sentenza citata, vedi sopra.

tendo alla collocazione utile sul prezzo degli immobili il credito intero dei singoli creditori privilegiati sugli immobili od ipotecari; da ciò sarebbe derivato un danno ai diritti che sui beni tutti del fallito ha la massa dei creditori. Così l'art. 777 che si esamina, ha stabilito che i creditori sieno ammessi sull'ammontare complessivo del prezzo ricavato dalla vendita degli immobili, ma fatta deduzione delle quote in essi ricevute nella ripartizione della massa chirografaria: cioè, di quelle quote, di cui parla l'articolo 776, percepite prima che si addivenisse alle ripartizioni del prezzo degli immobili, ed in proporzione all'intero ammontare del loro credito. Ma, siccome dalla attuazione del disposto dell'art. 777 primo comma, ne proviene che una buona parte del prezzo degli immobili rimarrebbe senza titolare, e sarebbe iniquo assegnarla a quei creditori i cui crediti erano garantiti sugli immobili del cui prezzo si tratta, ed erano collocati in grado utile (1), e quindi furono soddisfatti come dovevasi del loro credito, assegnazione tanto più iniqua di fronte alle anticipazioni fatte, pel disposto dell'articolo 776 dalla massa chirografaria, così il legislatore ha espressamente stabilito che quelle parti di prezzo eventualmente residuanti dal completo pagamento di tutti i creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili, siano accresciute alla massa chirografaria e vadano normalmente distribuite fra i creditori in essa concorrenti (2). La giurisprudenza ha esteso il principio delle deduzioni, di cui si parla nell'art. 777 primo comma, a tutti quei casi nei quali " .....il curatore del fallimento abbia anticipato con danari della massa chirografaria un qualche pagamento ad un creditore ipotecario „ (3).

(1) Non comprendiamo perchè il Calamandrei parli in questo caso di creditori collocati non in grado utile (op. cit., vol. I, pag. 870, n. 426); giacchè se quei creditori non ottennero collocazione utile neppure possono residuare quote di prezzo di beni immobili.

320. *I creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari e le disposizioni degli articoli* 700, 710, 767, 791, 809, 834 *del Codice di commercio. — Rinvio.* — Il solo enunciare gli articoli del Codice di commercio ai quali, per il tema di questo paragrafo, si lega l'art. 777 dello stesso Codice, richiama alla memoria quali sieno codesti vincoli dei quali si tratta. L'art. 700 stabilisce la condizione dei crediti ipotecari o privilegiati sugli immobili, dopo che intervenne la dichiarazione di fallimento. Per esso è legge che gli interessi dei crediti garantiti con ipoteca con pegno, od altro privilegio non possono essere domandati che sulle somme provenienti dalla vendita dei beni sottoposti al privilegio o all'ipoteca; ma quando, per insufficienza di queste garantie, il diritto dei creditori si esercita sulla massa chirografaria, il credito residuo si determina senza tener calcolo degli interessi posteriori alla data della sentenza dichiarativa del fallimento (4). Per ciò, nell'applicazione dell'articolo 778, sarà necessario tener ben fermo il principio stabilito con questo articolo, per non assegnare quote superiori a quanto lor spetti di diritto ai creditori garantiti da ipoteca o privilegio sugli immobili. Per gli articoli 709 e 710 vediamo quale sia la condizione dei crediti garantiti da un'ipoteca, nel caso in cui questa sia costituita o nel caso in cui sia solamente inscritta dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, e quindi posteriormente alla data di questa.

Per l'art. 767 si rende nota la condizione fatta dall'ammessione provvisoria del creditore cui si contesti solo il privilegio o la ipoteca che ei vanti in garantia del nudo credito; nel mentre che l'articolo 791 tratta del diritto del coobbligato o fidejussore del fallito che abbia sui beni di questo un di-

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VII, pag. 506 e segg., § 4678 e segg.; CALAMANDREI, op. cit., passo citato; PAGANI, op. e fasc. cit., pag. 112, § 79.

(3) Sentenza Appello Venezia, 3 dicembre 1889 (*Il Dir. commerc.* [Rivista], pag. 241, vol. VIII).

(4) Su ciò vedi la sentenza citata al § 318.

ritto incondizionato di pegno o d'ipoteca. Poi l'articolo 809 parla del diritto di prelazione per il pagamento, concesso ai creditori garantiti con pegno od altro privilegio; e riguardo all'interpretazione di questo articolo vedremo se si possa comprendere nel suo disposto il creditore garantito con privilegio sugli immobili, quando saremo giunti al suo commento. Da ultimo l'articolo 834, nel capo del *Concordato*, esplica il diritto del creditore ipotecario, pignoratizio o privilegiato, nelle adunanze per il concordato e tratta delle modalità a cui è sottoposta la partecipazione di tali creditori alle deliberazioni su quella. Vedremo, poi, nel commento degli articoli fin qui non ancor illustrati come meglio si manifesti la influenza dei diritti concessi ai creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili; ed a questo commento rinviamo il lettore, così come lo rimandiamo a consultare le illustrazioni già fatte degli articoli che precedono l'articolo 776 e seguenti.

—

Art. 778.

Se i creditori privilegiati o ipotecari non sono collocati sul prezzo degli immobili che per una parte dei loro crediti, i loro diritti sulla massa chirografaria sono regolati definitivamente in proporzione delle somme delle quali sono rimasti creditori dopo la collocazione, e la massa è surrogata in loro luogo per ciò che avessero conseguito secondo le disposizioni dell'articolo 776, oltre la proporzione della parte del credito non collocata.

Art. 779.

Ai creditori privilegiati o ipotecari, che non sono collocati sul prezzo in grado utile o che non sono intieramente soddisfatti sul prezzo degli immobili, si applica la disposizione dell'articolo 775.

Sommario.

321. *Creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili non collocati che in parte sul prezzo degli immobili. — Come si regolano i loro diritti sulla massa chirografaria.*
322. *La surrogazione della massa in loro luogo, per ciò che conseguirono per il disposto dell'articolo* 776.
323. *La collocazione non fatta in grado utile sul prezzo degli immobili. — Richiamo al* § 318.
324. *Applicazione delle disposizioni dell'articolo* 775, *relative ai creditori con pegno o privilegiati sui mobili. — Richiamo al* § 313.

321. *Creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili non collocati che in parte sul prezzo degli immobili. — Come si regolano i loro diritti sulla massa chirografaria. —* L'articolo 778 del vigente Codice di commercio corrisponde all'art. 669 del Codice abolito; e il legislatore riprodusse il disposto di quell'articolo, perchè i rapporti dei cre-

ditori che si trovino nel caso contemplato dall'articolo 778, incontrassero una regola che reggesse tale contingenza (1).

Allora, per codesto articolo 778, i creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili, non collocati sul prezzo degli immobili che per una parte solamente del loro credito, concorrono sulla massa chirografaria per ottenere il definitivo pagamento del loro credito residuato dalla collocazione. Ma i loro diritti sulla massa chirografaria, per tal guisa riconosciuti dal legislatore, non si esercitano in vista dell'intero loro credito; nè essi possono concorrere sulla massa se non per quelle somme che non hanno ricevute; e per tali somme in proporzione di quello che riceveranno gli altri creditori chirografari. " ..... in tal caso il residuo si determina senza tener conto degli interessi scaduti dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento " (2) secondo quanto è stabilito nell'articolo 700 dello stesso Codice di commercio. Da tale disposizione ne deriva, che la massa chirografaria, la quale ha fatte le anticipazioni di cui si è parlato nell'esame dell'articolo 776, entra nello stesso grado di privilegio del creditore al quale viene surrogata (3).

322. *La surrogazione della massa in loro luogo per il disposto dell'art.* 776. — Come avvenga la surrogazione della massa nel caso determinato dall'articolo in esame, è facile concepirlo con un esempio, che riportiamo dal Calamandrei: " Supponiamo che le ripartizioni della massa mobiliare diano un dividendo del 20 %; il diritto di Tizio sulla massa stessa sarà in lire 80. E siccome egli ha già ricevute lire 200 nelle ripartizioni mobiliari che hanno preceduta la sua collocazione sull'immobile ipotecato, così, oltre la somma di lire 80, proporzione della parte del credito non collocata, è surrogata in suo luogo la massa; è surrogata cioè, in lire 120 " (4). Dal che deriva che la massa chirografaria, rivestendosi del privilegio sul prezzo degli immobili, nella misura e nella proporzione con cui se ne spogliano gli altri creditori che vengono da essa parzialmente saldati del loro avere, in proporzione del loro credito, il credito privilegiato o ipotecario rimane sostanzialmente dello stesso valore ed entità, che se fosse rappresentato onninamente dalla persona del creditore, che originariamente ha diritto al privilegio.

Questa surrogazione della massa, produce, per riguardo ai crediti privilegiati, gli stessi diritti a favore di essa, che si producevano a favore del creditore originario (5).

323. *La collocazione non fatta in grado utile sul prezzo degli immobili. — Richiamo al* § 318. — " Può avvenire....., scrive la Commissione del 1869 (6), che i creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili, senza aver preso parte ad alcuna ripartizione sulla massa comune, nulla ricevano sul prezzo degli immobili, perchè non furono collocati in grado utile, ovvero che quanto ricevono non sia sufficiente a tacitare il loro credito. In entrambe queste ipotesi, che sono prevedute dagli articoli 666 e 670 Codice vigente (cessato; pari agli articoli 777 e 779 Codice attuale) essi devono trovarsi per l'intero loro credito, o pel residuo di esso nella identica condizione che venne determinata..... rispetto ai creditori privile-

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 14 marzo 1872 - Verbale 837.

(2) PAGANI, op. e fasc. cit., pag. 111, § 79.

(3) Vedi su ciò e su questioni relative ai diritti dei creditori privilegiati o ipotecari l'ottimo volume dell'av. NICOLA DE FEO: *La liquidazione del passivo nella procedura di fallimento*. Roma, 1891.

(4) Op. cit., vol. I, pag. 372, n. 428.

(5) Sulla qualità delle anticipazioni che hanno diritto ad essere messe sulla massa degli immobili, vedi la sentenza 3 dicembre 1889 dell'Appello di Venezia già citata (*Il Dir. commerciale*, vol. VIII, col. 340 e seguenti).

(6) Tornata 14 marzo 1872 - Verbale 837.

giati o pignoratizi sopra mobili insufficienti al pagamento; nel diritto, cioè, di concorrere in proporzione di quanto rimane loro dovuto coi creditori chirografari nella distribuzione del resto dell'attivo. Nè può ritenersi necessaria la dichiarazione espressa contenuta nell'articolo 666 del Codice vigente (cessato: art. 776 Codice attuale) che i creditori ipotecari nel caso d'insufficienza del prezzo non possono essere ammessi alla distribuzione del resto dell'attivo, se i loro crediti non sono stati verificati, perchè le norme relative alla verificazione dei crediti sono comuni a tutti i creditori, e perciò non si è mai dubitato, che esse sieno applicabili anche ai creditori privilegiati o ipotecari, che si trovano nella condizione accennata nell'articolo 670 (Codice cessato: art. 779 Codice attuale) sebbene la legge non reputa in esso la dichiarazione medesima „. Così rimane spiegato l'articolo 779; il quale risponde a quel criterio d'equità che, specialmente nella vita commerciale, ha più di soventi ragione d'essere applicato, che non la lettera e lo spirito rigoroso della legge. La collocazione del creditore sul prezzo degli immobili può avvenire, come dice l'articolo 779, o in grado assoluto non utile o in grado utile solo parzialmente.

Il lettore riterrà sufficientemente spiegate le varie ipotesi della collocazione in grado non utile o più o meno utile (1), quando gli rammenteremo che già se ne trattò ampiamente nel commento dell'art. 777 al § 318 di questa trattazione.

Rammentiamo, però, che nella collocazione dei creditori ipotecari sul prezzo degli immobili, la giurisprudenza ha modificato il disposto dell'articolo 1963 Codice civile, stabiliendo che " le spese d'amministrazione e di giustizia del fallimento non sono mai protette da alcun privilegio sugli immobili del fallito in pregiudizio dei creditori ipotecari iscritti sui medesimi „ (2).

324. *Applicazione delle disposizioni dell'articolo* 775 *relative ai creditori con pegno o privilegiati sui mobili. — Rimando al* § 313. — L'articolo 779 parte dalla supposizione che non siasi applicato l'art. 776, in modo che i creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili, non abbiano avuta alcuna quota nelle ripartizioni di prezzo dei mobili di cui parla quell'articolo (1). Sicchè, data una tale supposizione, ne avverrebbe che i creditori che si trovassero in tali condizioni, strettamente interpretando il diritto di privilegio sugli immobili o di ipoteca, che limita il pagamento dei crediti su quelli garantiti al solo prezzo ricavato o ricavabile dalla vendita di quegli immobili, dovrebbero rimanere completamente scoperti del loro credito, per quanto garantito per la insufficienza del prezzo dei beni immobili a pagare tutti i crediti che su esso concorrano.

Ma il legislatore estese a questa categoria di creditori il disposto dell'art. 775, che ammette il concorso dei creditori privilegiati o pignoratizi, quando non basti a pagarli il prezzo dei mobili, sulla massa chirografaria del fallimento. Quello che si disse, illustrando l'articolo 775, ne dispensa dal ripetere qui le argomentazioni su ciò esposte al § 313. Nel caso dell'applicazione dell'articolo 779 coordinato all'articolo 775, non devesi dimenticare il disposto dell'articolo 700, quanto al pagamento degli interessi.

---

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 507-509, n. 4681, II.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 373, n. 429. — Vedi anche Sentenza Appello di Torino, 6 dicembre 1867 (*Giurispr. T.*, II, 125). — Le spese d'amministrazione in quanto sieno relative agli onorari del curatore, devono, secondo il già citato DE FEO, essere privilegiate anche quando l'esercizio del privilegio importi riduzione dei crediti ipotecari. A noi, tuttavia, sembra esagerato e pericoloso nelle sue possibili conseguenze tale principio.

SEZIONE III.

DEI DIRITTI DELLA MOGLIE DEL FALLITO

Art. 780.

Nel caso di fallimento del marito, la moglie ritiene gli immobili dotali con diritto a percepirne i frutti e così pure gli immobili parafernali che le appartenevano al tempo del matrimonio, e quelli che durante il matrimonio le sono pervenuti in dipendenza di rapporti giuridici ad esso anteriori, ovvero per donazione o successione testamentaria o legittima.

Art. 781.

La moglie ritiene pure gli immobili da essa ed in suo nome acquistati con danaro proveniente dall'alienazione dei beni che le appartenevano al tempo del matrimonio, o le pervennero in uno dei modi indicati nell'articolo precedente, semprechè nel contratto di acquisto sia espressamente fatta la dichiarazione d'impiego, e la provenienza del danaro sia accertata da inventario o da altro atto che abbia data certa.

Sommario.

325. *Il contratto di matrimonio nel diritto civile italiano e le modificazioni apportatevi dal diritto commerciale.*
326. *Il regime dotale e quello della comunione degli utili. — Beni dotali e beni parafernali — Aumento del patrimonio della moglie mediante successione testamentaria o legittima donazione o acquisto contrattuale.*
327. *Il legislatore commerciale distingue i beni immobili dai beni mobili, qualunque sia la forma e la qualità del contratto matrimoniale. — Distingue i beni immobili appartenenti alla moglie durante il matrimonio, da quelli pervenutile durante il matrimonio o questo cessato, ma dopo la dichiarazione di fallimento.* — Quid juris *riguardo ai beni pervenuti alla moglie dopo la morte del fallito, ma prima della dichiarazione di fallimento.*
328. *La rescissione del matrimonio per la separazione legale dei coniugi. — Applicazione del diritto civile.* — Quid juris, *quando esista l'istituto del divorzio e i coniugi sieno divorziati.*
329. *Diritto di ritenzione della moglie sui beni dotali e parafernali immobili; percezione dei frutti da tali beni derivanti. — Ugual diritto pei beni dalla moglie ereditati, od a lei* " pervenuti in dipendenza di rapporti giuridici „ *anteriori al matrimonio.*
330. *Alienazione di beni alla moglie appartenenti al tempo del matrimonio, ed acquisto* " da essa ed in suo nome „ *fatto di altri beni, col danaro proveniente da quella vendita. — Considerazione sul caso in cui siansi venduti beni mobili, ed acquistati beni immobili: inversione della ipotesi. — Permuta.*
331. *Condizioni opposte dall'articolo* 781 *del Codice di commercio, agli usi presumibili nell'alienazione ed acquisto di beni mobili da parte della moglie. — Acquisto fatto dalla moglie e in nome proprio. — Interpretazione della clausola* " da essa ed in suo nome acquistati „. *— Espressa dichiarazione dell'impiego del danaro. — Accertamento della provenienza del danaro mediante inventario. — Rinvio all'articolo* 784 *Codice di commercio.*

325. *Il contratto di matrimonio nel diritto civile italiano e le modificazioni apportatevi dal diritto commerciale.* — Parlando della condizione che il legislatore del Codice di commercio fa, nei rapporti patrimoniali, alla consorte del commerciante, dopo che costui fu dichiarato in fallimento, non sarà inutile al tutto, dire alcun che sulla condizione reciproca dei coniugi, riguardo al loro patrimonio ed al contratto matrimoniale. Il titolo V del libro III del Codice civile patrio stabilisce che per ciò che ha tratto col conferimento di beni da parte dei due coniugi, il matrimonio debba essere considerato come una società; la quale è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge. Però le convenzioni delle parti sono pur sempre limitate, nel loro stabilirsi, a quanto è dalla legge fissato; nè è permessa deroga di sorta. Il contratto matrimoniale deve farsi per atto pubblico, davanti a notaro e prima del matrimonio; le eventuali modificazioni che, anteriormente alla celebrazione del matrimonio, si intendessero apportare al contratto, devono pur farsi per atto pubblico. Le convenzioni matrimoniali di qualunque specie sono immutabili, avvenute che sieno le nozze. Da ciò si vede che, pel legislatore italiano, il contratto di matrimonio è " ..... la convenzione che governa la società coniugale riguardo ai beni „ (1). Ora i beni patrimoniali dei coniugi, se pel marito sono costituiti dal patrimonio suo particolare o dalla propria industria, impiego, o qualsiasi altra fonte di lucro, per la moglie tali beni, qualunque sia la loro qualità, natura o derivazione, quando vengano espressamente costituiti e conferiti mediante il contratto matrimoniale, acquistano nome di dote. Lo scopo di questo contrattuale conferimento di beni da parte della moglie o di chi per essa, è dalla legge (art. 1388) designato con le parole " .....per sostenere i pesi del matrimonio „. Dunque è uno scopo prettamente economico ed esteso tanto da involgere tutt'intera la condizione presente e futura della nuova famiglia che si viene formando.

La costituzione di dote può comprendere tanto i soli beni presenti, esistenti, cioè, e realmente conferiti al momento della stipulazione del contratto matrimoniale, quanto i beni presenti e futuri. Però, la dichiarazione di conferimento dei beni futuri deve essere espressa: e dev'essere fatta con lo stesso atto che costituisce la dote coi beni presenti, giacchè il legislatore vieta che si possa non solo costituire, ma anche aumentare dai coniugi, durante il matrimonio (articolo 1391). È fatta facoltà ai coniugi di pattuire nel contratto matrimoniale un lucro sull'importare della dote a favore del coniuge superstite. Quanto alla gestione del patrimonio matrimoniale, il marito soltanto ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio; nè egli è tenuto a dar cauzione per la dote che riceve, salvo ciò siasi pattuito nella costituzione dotale. Anzi, pericolando economicamente il patrimonio del marito, affine di garantire la dote, chi la costituì può chiedere al tribunale si concedano quelle cautele che si presentino opportune per la sicurezza della dote. Il marito pel fatto stesso del contratto di costituzione di dote diventa proprietario di tutti i mobili che vengano stimati nell'atto, qualora non vi si dichiari espressamente che la stima non ne produce la vendita; nè il marito, così divenuto proprietario di quei beni, non è debitore del prezzo ad essi attribuito (art. 1400-1401). Quanto agli immobili, invece, la sola stima, fattane nel contratto di matrimonio non trasferisce alcuna proprietà su di essi a favore del marito; a questo effetto necessitando una espressa dichiarazione. Se col danaro dotale venga acquistato un immobile, questo non entra a far parte della dote, se non nel caso in cui nel contratto matrimoniale siasi stipulata la condizione e il modo

(1) Cfr. E. BIANCHI, *Dei rapporti patrimoniali dei coniugi*, pag. 21. Pisa, 1858.

dell'impiego. La legge vieta qualsiasi obbligazione od alienazione, a favore di chicchessia, della dote o delle ragioni dotali della moglie, durante il matrimonio; nè le ragioni dotali possono restringersi o diminuirsi se non previo consenso della moglie e del marito, e mediante un decreto d'autorizzazione del tribunale che è tenuto a darlo nei soli casi di utilità evidente o di necessità. Non è però vietato di stipulare nel contratto di matrimonio la alienabilità e la ipotecabilità dei beni dotali (art. 1403-1404).

Non esistendo una tale stipulazione, è nulla, *ipsojure*, qualunque obbligazione fatta sulla dote o la alienazione dei beni che ne fanno parte, anche se vi acconsentano ambidue i coniugi ma non siasi ottenuta la autorizzazione del tribunale. Nel caso in cui per consenso dei coniugi e con l'autorizzazione, di cui sopra, venga alienato o permutato qualche immobile dotale, la qualità di dotale si conserva nel prezzo ricavato dalla vendita dell'immobile, e riveste quello che è dato in permuta come pure il residuo prezzo che eventualmente fosse stato aggiunto per agguagliare il valore dei due immobili permutati.

Il tribunale che accorda la autorizzazione alla alienazione od alla permuta, deve stabilire il modo d'impiego del danaro dalla vendita ricavato, od aggiunto per lo uguagliamento del valore dei due beni. Un'altra sezione del titolo V, libro III del Codice civile, che presenta una rilevante connessione con ciò che verremo dicendo sul contratto matrimoniale di fronte alle disposizioni del diritto commerciale circa il matrimonio del commerciante e i diritti della moglie del fallito, è la sezione IV " Della separazione della dote dai beni del marito „. Se scopo del conferimento della dote è di sostenere i pesi del matrimonio e la costituzione contrattuale della dote si informa totalmente a questo precetto; e se gli sposi non possono pattuire comunione universale dei beni, all'infuori di quella degli utili, non si potrebbe, per qualsivoglia ragione, giustificare la assoluta e irrimediabile inseparabilità dei beni dei due coniugi, come quella che trascinerebbe i beni dotali della moglie nelle disavventure e nei disastri che potessero colpire i beni del marito; disavventure e disastri dei quali si possono portare come tipi la decozione del marito o il costui fallimento, nel caso in cui la condizione sua sia di commerciante.

E il legislatore del Codice civile patrio a tale scopo ha creato l'istituto della separazione della dote dai beni del marito; istituto che, se può presentare, come presenta, alcuni elementi di riprovabilità, tuttavia tanti e tali sono i vantaggi che ne derivano da rendere oziose le sottili critiche, dipendenti da considerazioni d'indole morale, che vi si potrebbero opporre. La separazione della dote non costituisce che un'eccezione, come eccezionali sono gli eventi pei quali essa viene accordata; è " .....il rimedio più propriamente destinato dalla legge a tutelare la moglie in caso che corrano pericolo le sue ragioni dotali..... „ (1) in virtù di tale istituto " .....la dote, senza perdere il suo carattere d'inalienabilità e senza cessare di essere destinata al sostentamento della famiglia, è restituita o pagata alla moglie che ne assume l'amministrazione; restituita, se trattandosi di dote di specie essa ne aveva conservata la proprietà; pagata, se trattandosi di dote di quantità, ne era divenuto proprietario il marito e la moglie era creditrice del suo ammontare (2) „.

Una cosa degna assai di considerazione è il carattere facoltativo che il legislatore ha attribuito all'esercizio del diritto, dopo averne investita la sola moglie. Perchè evidentemente, il legislatore nell'assicurare alla moglie la integrità della dote non volle che altri potesse in qualche modo per

(1) E. BIANCHI, op. cit., pag. 270.

(2) E. BIANCHI, op. cit., *ibidem*.

criterio di pura conservazione dello stato economico della donna, offendere e forzare i sentimenti d'affetto o di pietà, ch'ella potesse nutrire pel marito o in causa dei di lui disastri; permettendo, invece, per quanto indirettamente, che la moglie possa venire coi suoi beni in ausilio al marito ed aprirgli fors'anco una via di salvazione. La separazione della dote, adunque, non può domandarsi che dalla moglie; e da questa giudizialmente. Conviene che la domanda di separazione della dote sia provocata dal pericolo di perderla o dalla possibilità che il disordine degli affari del marito metta i di lui beni patrimoniali nella insufficienza di soddisfare i diritti dotali della moglie. Anche la separazione personale, dalla moglie ottenuta contro il marito, è causa sufficiente per far luogo alla domanda di separazione della dote. Ad ogni modo ed in qualunque condizione o per qualunque causa si domanda la separazione, questa, sotto pena di nullità, dev'essere fatta sempre giudizialmente. Ma a rendere efficace la separazione della dote non basta la pronunziazione sua da parte del tribunale; occorre, inoltre, che entro i sessanta giorni successivi alla sentenza sia stata eseguita la separazione mediante atto pubblico, col reale soddisfacimento dei redditi alla moglie spettanti, sino alla concorrenza dei beni patrimoniali del marito; o, quanto meno, la moglie deve, nello stesso termine di giorni sessanta, aver promosse e proseguite le istanze necessarie e relative alla attuazione della separazione. È notevole, particolarmente per ciò che vediamo nel commento della sezione III, capo II, libro III, tit. III del Codice di commercio attuale, la retroattività sancita espressamente dal legislatore ed attribuita alla sentenza che pronunzia la separazione (1). Tale retrotrazione si protende fino al giorno che segna la data della presentazione della domanda in separazione della dote: e non è pure spoglia di gravità l'altra disposizione, contenuta nello stesso articolo 1420, per la quale le spese del giudizio di separazione o di pagamento vengono addossate al marito. Nè ai creditori della moglie è concesso di domandare la separazione della dote, se non hanno il consenso della moglie. Però questo divieto trova un addolcimento, per ciò che riguarda i diritti dei creditori del marito, nella disposizione dell'articolo 1422; in forza della quale dei creditori del marito possono opporsi, nel giudizio promosso con la domanda di separazione di dote, a codesta domanda, come possono reclamare contro la sentenza di separazione non solo prima della esecuzione di essa, ma anche dopo.

Meno interesse, per la materia del fallimento in rapporto alla separazione della dote, presentano le altre disposizioni che fanno l'obbligo alla moglie, che abbia ottenuta ed eseguita la separazione della dote, di concorrere in proporzione delle sue sostanze e di quelle del marito a sostenere le spese ordinarie della azienda domestica e quelle della educazione, allevamento ed istruzione della prole.

Dei beni della moglie che non furono co-

(1) Secondo il DE FEO (op. cit.) la sentenza che pronuncia la separazione di una dote quantitativa, non può far altro che condannare il marito al pagamento del valore della dote stessa, ma non attribuire alla moglie, con effetto retroattivo, la proprietà delle cose datele *in solutum*. Questa opinione dell'egregio Autore è conforme ad una sentenza della Cassazione di Roma, in data 19 dicembre 1883, causa De Gori contro Corteggiani; la detta Cassazione pronunciò che l'effetto retroattivo non si potesse considerare estendibile al reale soddisfacimento della dote in danno dei creditori, che nell'intervallo fra la domanda di separazione e la esecuzione di questa, avessero acquistati diritti sui beni del fallito. Tuttavia noi riteniamo più conforme alla lettera ed allo spirito della legge, e quindi più valida e commendevole, la sentenza dalla stessa Cassazione pronunziata a sezioni riunite il 16 luglio 1889, in causa Graziani contro Società Senigalliese, nella quale si pronunciò precisamente il contrario della sentenza del 1883.

stituiti in dote, cioè dei beni *parafernali*, la moglie ritiene, oltre la proprietà e l'assoluto dominio, anche l'amministrazione. Però, ha obbligo di concorrere con essi, se non sia sufficiente la dote, al sostentamento della famiglia ed a tutti i pesi del matrimonio. Quanto ai beni parafernali il marito è a considerarsi come una terza persona; ed in questa condizione egli può, come qualsiasi altro, essere scelto dalla moglie quale procuratore mandatario ed amministratore di quei beni. In allora il marito è obbligato verso la propria moglie come qualunque altro procuratore. Però, anche la non opposizione della moglie all'amministrazione dei beni parafernali da parte del marito, senza che a costui sia stata fatta la necessaria procura, vale per un tacito consenso e giova al marito e suoi eredi in quanto che egli od essi, in caso di domanda della moglie o di scioglimento del matrimonio, non sono tenuti a consegnare che i frutti esistenti.

Come si disse più sopra, la legge italiana non consente agli sposi di contrarre altra comunione di beni all'infuori della comunione universale degli utili; sicchè il matrimonio economicamente considerato, seguendo il criterio giuridico delle leggi civili, diventa, per la facoltà ai coniugi accordata dall'articolo 1433, una società universale degli utili. Tale società dev'essere espressamente pattuita nello stesso contratto matrimoniale ed ha vita solamente dal momento in cui le nozze furono celebrate. Il vincolo di reciprocità che contraggono i coniugi riguardo ai beni i cui utili vennero messi in comunione, non comprende nè l'attivo nè il passivo dei beni, presenti dei coniugi, nè quello che acquistassero per successione o donazione durante la comunione; è il solo godimento dei beni, sì presenti che futuri, che s'attribuiscono vicendevolmente i coniugi. Si connette a questa comunione di godimento, la comunione che si opera, senza ostacolare la divisibilità, dei beni acquistati dai coniugi, sia unitamente che *uti singuli*, purchè tali beni derivino dall'industria comune o individuale o dai risparmi fatti sui frutti o sulle entrate dei coniugi. I coniugi sono tenuti, prima del matrimonio, a far una descrizione autentica dei beni mobili presenti loro proprii. Tale sistema dovrà pure seguirsi pei beni della stessa natura, che venissero in proprietà sia dell'uno che dell'altro coniuge, durante il matrimonio: l'ommissione di una tale descrizione acquista la proprietà dei beni mobili alla comunione.

Il marito è l'amministratore dei beni della comunione e sta in giudizio come attore e come convenuto per le azioni da essa dipendenti. Di regola la partecipazione agli utili è fatta sulla base della più perfetta uguaglianza; tuttavia non è vietata la pattuizione di una prelevazione in parti disuguali, eccetto, però, il caso in cui siasi stipulato a danno d'uno dei coniugi un conferimento maggiore del passivo di quanto fosse per essere la quota attribuitagli nell'attivo. La comunione dura quanto il matrimonio; non cessa che per la morte d'uno dei coniugi; per la sua assenza dichiarata; per la separazione personale definitiva; e per la giudiziale separazione dei beni. Però, la rottura della comunione una volta avvenuta per una causa che non sia l'evento irrimediabile della morte d'uno dei coniugi, non preclude l'adito alla *ripresa*, alla ricostituzione della comunione. Questa può essere ricostituita mediante atto pubblico, e riprende il suo corso e produce gli effetti come se mai non fosse stata scissa, senza però pregiudicare i diritti dai terzi acquistati sui beni rivenuti in comunione, durante la separazione. Non è tuttavia concessa una stipulazione che rinnovi la comunione con patti diversi da quelli con cui essa era precedentemente regolata. Tale è, per sommi capi, il sistema del contratto matrimoniale e dei rapporti patrimoniali dei coniugi durante il matrimonio ed in causa di esso, secondo i principî del Codice civile.

Ora, per esaurire questo paragrafo, ne rimane d'esaminare quali modificazioni vi abbia apportate il legislatore commerciale, sia riguardo alla contrattazione del matrimonio, che riguardo alle conseguenze patrimoniali da questo scaturienti. Al titolo III del libro I del Codice di commercio è scritto (art. 16) che il contratto di matrimonio tra persone, una delle quali sia commerciante, dev'essere trasmesso per estratto entro un mese dalla sua data, alla cancelleria del tribunale del luogo dov'è lo stabilimento commerciale, per essere pubblicato nei modi stabiliti dallo stesso Codice di commercio per gli atti d'emancipazione e di autorizzazione ad imprendere il commercio (articolo 9). L'estratto esprime se vi fu costituzione di dote e se fu stipulata comunione di beni (1). Il notaro che ricevette ed estese il contratto matrimoniale fa la suddetta trasmissione; e vien gravato, in caso d'ommissione, di una multa estensibile da lire venticinque a lire cento, senza pregiudizio di maggiori pene disciplinari e pecuniarie, oltre il risarcimento dei danni verso le parti che da tale negligenza furono colpite. Nel caso in cui uno dei coniugi imprenda il commercio, dopo il matrimonio e durante questo, è tenuto a fare la trasmissione del contratto matrimoniale nei modi anzidetti entro un mese dal giorno in cui intraprese tale esercizio, salve le sanzioni stabilite nel libro terzo. La domanda di separazione di beni tra coniugi uno dei quali sia commerciante, dev'essere pubblicata nei modi richiesti per la pubblicazione degli atti di emancipazione ed autorizzazione ad esercitare il commercio. La sentenza sulla domanda di separazione non può essere pronunziata che dopo un mese dalla pubblicazione della stessa domanda: la pronunzia della sentenza non può protrarsi oltre un mese dalla sua data e dev'essere fatta nei modi di già accennati più sopra. La mancanza di questa pubblicazione nei modi e termini stabiliti, ha per effetto di creare, a favore dei creditori per causa di commercio, il diritto di opporsi *quoque tempore* alla pronunciata separazione, in quanto leda i loro interessi; e quello d'impugnare l'avvenuto soddisfacimento dei diritti della moglie. Oltracciò, acquistano essi il diritto di esercitare l'azione loro accordata dall'articolo 1422 Codice civile (2), nel caso in cui la separazione siasi fatta in frode ai loro diritti. Da ultimo la trasmissione del contratto di matrimonio alla cancelleria del tribunale agli effetti della sua pubblicazione, sia nel caso di esercizio del commercio anteriore o contemporaneo alla conchiusione del matrimonio, che nel caso in cui l'esercizio sia a questa posteriore, va fatta anche quando l'ascendente pure commerciante, si obbliga per la restituzione della dote e delle ragioni dotali in favore della moglie del discendente.

Si son vedute, così, quali modificazioni il legislatore commerciale abbia arrecate alla compagine organica del sistema contrattuale del matrimonio nel diritto civile italiano. Tali modificazioni hanno efficacia irrefutabile sulle sole formalità di ordine pubblico, relative alla obbligazione a causa di matrimonio; tendono a garantire,

(1) Si avverta che questa disposizione del Codice di commercio va intesa limitatamente a quanto stabilisce l'art. 1433 Cod. civile.

(2) Art. 1422 Codice civile:

" I creditori del marito possono reclamare contro la separazione della dote pronunziata dall'autorità giudiziaria ed anche eseguita in frode de' loro diritti: possono altresì intervenire al giudizio per opporsi alla domanda di separazione „.

Art. 1235. Possono pure i creditori impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni. — Trattandosi di atti a titolo oneroso la frode deve risultare dal canto di ambidue i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore. — In ogni caso però la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistati diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione.

mediante una pubblicità che diventa la forma estrinseca commerciale del contratto civile di matrimonio, i diritti presenti o futuri dei terzi che vengano per avventura a contrarre obbligazioni con l'uno o l'altro dei coniugi commercianti. Ma la sostanza del contratto civile non può essere toccata dalle disposizioni del legislatore commerciale neppure nel caso in cui il contratto matrimoniale venga ad aver vita tra i due sposi, ambidue commercianti. La efficacia delle obbligazioni in esso sanzionate non si perde, anzi, quasi diremo, viene ad acquistare una maggiore intensità, come quella che profitta del carattere di documento pubblico, ufficiale pei commercianti, che gli si viene ad aggiungere per la pubblicazione sua a termini dell'articolo 9 del Codice di commercio.

Ciò posto, si presente a quali disposizioni, d'indole patrimoninle, doveva essere condotto il legislatore del Codice di commercio nel dipanare l'arruffata matassa dei varî diritti colludenti nella procedura di fallimento; e come, nel riconoscere i diritti della moglie del commerciante, dovesse far luogo alla tutela dei diritti dei creditori del marito, dichiarato in fallimento, in quanto, per l'esercizio dei diritti e delle ragioni dotali della moglie, potessero ricevere nocumento. Vedremo, ora, quali sieno e come s'interpretino le disposizioni del Codice di commercio, attinenti ai rapporti patrimoniali dei coniugi.

326. *Il regime dotale e quello della comunione e degli utili. — Beni dotali e beni parafernali. — Aumento del patrimonio della moglie mediante successione testamentaria o legittima, donazione o acquisto contrattuale.* — Il Codice di commercio del 1865, nella sezione IV del titolo I del libro III, parlando dei diritti della moglie del fallito, rispecchiava i concetti del precedente diritto commerciale su tal materia; i quali, alla lor volta, risentivansi del sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi, stabilito dalla civile legislazione. Ma, nella ricostruzione del diritto commerciale italiano, operatasi e compitasi con la confezione dell'attual Codice, si trovò che " le profonde modificazioni introdotte nel Codice civile italiano in riguardo ai diritti matrimoniali ed al sistema ipotecario, resero necessarî, anche nelle disposizioni del Codice di commercio che riguardano i diritti della moglie del fallito, parecchi cambiamenti; ma una qualche traccia delle precedenti condizioni del diritto rimasta per avventura, se non nell'essenza almeno nella forma di quelle disposizioni, richiede in esse qualche miglioramento, diretto a ristabilire piena armonia coi principî dominanti nel diritto civile, in cui il regime dotale è di regola sostituito alla comunione dei beni, e le ipoteche tacite e legali furono intieramente abolite:..... nel determinare i diritti della moglie in caso di fallimento del marito, il concetto generale a cui s'ispira la legge .....palesa una sospettosa diffidenza, che è ben giustificata dagli abusi che fin dalla più remota antichità sogliono commettersi in questa materia a danno dei creditori „ (1). Così, le principali modificazioni apportate alla legge commerciale si riferiscono, quasi per intero, ad una più logica definizione dei limiti, entro cui devesi intendere esercitato il diritto della moglie sui proprii beni di fronte alla jattura finanziaria del marito: ond'è che il legislatore del 1882 mise in evidenza che il legislatore del 1865, parlando dei diritti della moglie sui proprii beni " .....nel riconoscere rispetto ad essi il diritto incontestabile della moglie, ... adopera una locuzione che ricorda troppo davvicino il concetto della comunione, perchè possa esattamente applicarsi ai rapporti del regime dotale a cui s'informa il sistema della legislazione vigente. Non può dirsi infatti che uno

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 15 marzo 1872 - Verbale 838.

riprende, ciò che già tiene; e, poichè la moglie non ha mai cessato di possedere i proprii beni sia dotali che parafernali, basta dire ch'essa ritiene la proprietà con diritto a percepire i frutti dei primi „ (1). Accolto un simile criterio d'innovazione, il legislatore del 1882 non volle che la moglie del commerciante, dichiarato in istato di fallimento trovasse impigliati i suoi beni in una qualsiasi specie di solidarietà a cui non porgeva argomento la legislazione civile: perciò per il fatto solo che un commerciante cade in fallimento, si rompe quella specie di intellettuale comunione di beni, che sembra vigoreggiare nelle condizioni normali del matrimonio. La moglie del commerciante, una volta costui dichiarato fallito, non solo ritiene gli immobili dotali, il che dipende dal suo diritto di proprietà che si conserva intero sui beni costituenti la dote anche durante il matrimonio, ma i frutti di questi immobili vengono percepiti dalla moglie stessa direttamente, nè ai creditori è in modo alcuno accordato di prevalersi di quei frutti, giustificandosi della appropriazione col disposto dell'articolo 1399 del Codice civile (2). Questo articolo appare interamente abrogato (3) dalla disposizione dell'articolo 780 dell'attual Codice di commercio; locchè non era per l'abolita legislazione commerciale. Essa soltanto stabiliva che, in caso di fallimento del marito, la moglie riprendesse gli immobili dotali e non dotali che le appartenevano al tempo del suo matrimonio, e quelli, anche, che le fossero pervenuti durante il medesimo per donazione o successione testamentaria o legittima. Oltracciò, riprendeva la moglie gli immobili da essa ed in suo nome acquistati con danaro proveniente da alienazione dei beni che le appartenevano al tempo del suo matrimonio o da donazioni o successioni, quando, però, nel contratto d'acquisto si fosse espressamente fatta la dichiarazione dell'impiego, e la verace provenienza del danaro fosse accertata da inventario o da qualsiasi altro documento valido ed avente data certa. Ciò, come ancora oggi, nello intento di ovviare alle facili frodi che il marito avrebbe potuto perpetrare a danno dei suoi creditori, con impiegare il danaro ad essi naturalmente devoluto, in acquisti di beni intestati poi alla moglie, simulando la dotale provenienza del danaro (4).

Sistema identico segue il diritto commerciale francese (art. 557 e 558); soltanto è da avvertire che vi si considera il sistema della comunione dei beni, non concessa nel diritto civile italiano, ammessa dal diritto civile francese.

Non molto rigoroso si mostra il legislatore germanico nell'ordinanza del 1878 sul fallimento.

La moglie del fallito può accampare diritto esclusivo sui beni acquistati nel matrimonio, quando provi che non furono acquistati coi beni del marito (5).

La legge inglese sui fallimenti peggiora la condizione della moglie di fronte al marito dichiarato in istato di fallimento: l'articolo 3 della legge del 1882 " Married Wo-

(1) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 15 marzo 1872 – Verbale 838.

(2) Art. 1399. " Il solo marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio. — Egli solo ha il diritto di agire contro i debitori o i detentori della medesima, di riscuoterne i frutti e gli interessi e di esigere la restituzione dei capitali. — Ciò non ostante può convenirsi nel contratto di matrimonio che la moglie riceverà annualmente sopra semplice sua quitanza una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona „.

(3) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 593, § 4700, I,

(4) Cfr. VIDARI, op. e passo citati: CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 374, n. 490; BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 894.

(5) Legge dell'Impero germanico, 1888:

§ 37. Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände welche sie waehrend der Ehe, erworben hat, nur in Anspruch nehmen wen die beweist, dass dieselben nicht mit mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

men's Property Act „ legge conservata espressamente dall'articolo 152 della legge del 1883, pone la donna maritata dopo tutti gli altri creditori di fronte al proprio marito.

Il Codice di commercio neerlandese, riguardo ai diritti della moglie, quantunque non ne tratti in una speciale sanzione, pur tuttavia, vi dedica quattro articoli dall'880 all'883 inclusivamente; i quali riproducono, quasi alla lettera, le analoghe disposizioni del Codice di commercio francese.

La legge austriaca del 1869, sul fallimento, dedica la sezione seconda del capitolo II ai " diritti della moglie sulla sostanza del marito „; e stabilisce che allo scopo che la dichiarazione, fatta dal marito prima della pronuncia del fallimento, sia per iscritto che a voce, di aver ricevuta la dote, possa formare prova a favore della moglie o dei successori di lei in confronto della massa (1), deve essere seguita all'epoca precisa in cui la dote fu ricevuta, o al più tardi, non meno di un anno avanti la dichiarazione di fallimento; poi devesi provare in contraddittorio con la massa la tempestività della fatta dichiarazione, tanto più che la sola data del documento non è dalla legge considerata come prova.

Siccome il § 16 del regolamento per la applicazione del Codice di commercio nell'impero austro-ungarico, stabilisce la trascrizione dei patti nuziali del commerciante nei registri di commercio, così il § 50 della legge sul fallimento, riferendosi a quel disposto, stabilisce che la moglie di un negoziante, i patti nuziali della quale furono trascritti nel detto registro di commercio, è tenuto a rifondere ai creditori commerciali anteriori alla iscrizione col danaro che riceve in pagamento di ciò che le sia dovuto per ragione dei patti nuziali, quel dippiù ch'essi avrebbero ricevuto in pagamento del loro credito sulla massa di fallimento del marito, se non fosse intervenuto il contratto matrimoniale.

A differenza del Codice del 1865 il Codice commerciale vigente, specifica, con una più precisa nomenclatura, la qualità dei beni che possono costituire il patrimonio della moglie. L'articolo 671 del cessato Codice, come pure gli altri articoli che a quello susseguono, riferivasi ai beni *dotali e non dotali;* distinguendo poi ancora i beni pervenuti alla moglie per donazione o successione sia legittima che testamentaria. Ma la qualificazione di *non dotali* era facilmente riferibile non soltanto ai beni, cui più tardi fu attribuita una diversa denominazione, ma anche a tutti quei beni che a qualunque titolo, all'infuori della costituzione di dote, fossero pervenuti alla moglie. Il legislatore del 1882 pose suo studio a cancellare nella nuova legge commerciale ogni " ..... traccia delle precedenti condizioni del diritto, rimasta per avventura, se non nell'essenza, almeno nella forma di quelle disposizioni ..... „ (2), portando " .....in esse qualche miglioramento diretto a ristabilire la piena armonia coi principii dominanti nel diritto civile ..... „ (3). Così i beni *non dotali* divennero, nel Codice attuale di commercio, beni *parafernali*, giusta la precisa accezione del vocabolo. Sono, quindi, a considerarsi, secondo ciò che dispone il Codice civile, due sorta di beni che, non considerati i beni provenienti da eredità o da donazione, costituiscono il patrimonio della moglie. I beni costituiti in dote, quelli cioè i quali sono descritti, menzionati, stimati o non stimati, esplicitamente nel contratto matrimoniale, e sono espressamente dalla moglie apportati al marito per sostenere i pesi del matrimonio (4), ven-

(1) Questa disposizione è una riproduzione di ciò che è sancito nell'articolo 1226 del Codice civile austriaco.

(2) *Atti della Commissione* del 1869, tornata 14 marzo 1872 - Verbale 838.

(3) *Ibidem.*

(4) Art. 1388 Codice civile.

gono considerati come costituenti, in pari contribuzione col marito, il patrimonio della famiglia; laddove i beni parafernali sono tutti quelli che dalla moglie o da chi costituì la dote furono esclusi dai beni dotali (1), di cui la moglie è proprietaria assoluta ed esclusiva, e solo eccezionalmente può essere tenuta a soggiacere, con essi o parte di essi, ai pesi del matrimonio (2).

Il Codice di commercio, sulla traccia del Codice civile considera altre qualità di beni particolari della moglie; essi sono tutti quei beni che ad essa pervennero durante il matrimonio in dipendenza di rapporti giuridici ad esso anteriori, oppure per donazione o eredità. Vanno pure compresi fra questi beni e ad essi uniti, quanto al diritto d'esclusione che su di essi può vantare la moglie, tutti gli immobili che furono acquistati da essa, ed a se stessa intestati nell'atto di acquisto, con danaro proveniente dall'alienazione di beni che a lei appartenevano durante il matrimonio, o le erano pervenuti per eredità o donazione od in causa di rapporti giuridici preesistenti al matrimonio. Però si esige dal legislatore che acciocchè la moglie acquisti la proprietà esclusiva di tali beni, nel contratto d'acquisto sia fatta espressamente la dichiarazione d'impiego e la provenienza del danaro sia accertata da inventario o da altro atto che abbia data certa.

321. *Il legislatore commerciale distingue i beni mobili dai beni immobili, qualunque sia la forma e la qualità del contratto matrimoniale. — Distingue i beni immobili appartenenti alla moglie durante il matrimonio, da quelli pervenutile durante il matrimonio o questo cessato, ma dopo la dichiarazione di fallimento.* — Quid juris *riguardo ai beni pervenuti alla moglie dopo la morte del fallito, ma prima della dichiarazione di fallimento.* — Le disposizioni che il legislatore commerciale del 1882 ha raccolto sotto gli articoli 780 e 781 dell'attuale Codice sono, nella loro sostanza, identiche a quelle contenute negli articoli 671 e 674 del cessato Codice di commercio. Negli atti della Commissione del 1869 al verbale 838 (3) si legge su questo punto: " Oltre gli immobili dotali e parafernali che appartenevano alla moglie al tempo del matrimonio, la legge pone nella condizione medesima anche i beni, che durante il matrimonio le sono pervenuti per donazione o per successione testamentaria o legittima. L'esclusione di ogni altro titolo di derivazione è motivata dal sospetto che in esso si celi un acquisto dolosamente fatto dal marito a nome della moglie con danaro appartenente alla sua gestione commerciale; ma l'enumerazione dei casi, nei quali ogni sospetto dev'essere escluso, non è certo completa ..... e, quindi, prescindendo da una enumerazione casuistica dei varî rapporti accennati, sarebbe ingiusto il non prevedere tali casi con una formola generale, nella quale possano essere compresi i beni acquistati dalla moglie in dipendenza di rapporti giuridici anteriori al matrimonio ".

Ora, se raccogliamo dai due articoli 780 e 781 quali sieno gli elementi, gli estremi e le condizioni richieste dal legislatore, perchè si rendano applicabili le disposizioni relative ai rapporti patrimoniali dei due coniugi, contenute in questi articoli, troviamo che: 1° deve esistere il matrimonio; 2° deve essere stata costituita una dote; 3° nel caso in cui siensi acquistati beni dalla moglie ed in suo nome, il danaro impiegato nell'acquisto dev'esssere della moglie; 4° pur essendo il danaro della moglie, non si presume codesta proprietà ma dev'essere provata da atto pubblico di data certa o da inventario, redatto, questo, nelle forme dalla legge stabilite. La questione che si potrebbe sollevare riguardo

(1) Art. 1425 Codice civile.
(2) Art. 1426 Codice civile.
(3) Tornata 15 marzo 1872.

alla esistenza del matrimonio, dovrebbe altresì comprendere quella che riflette la validità di esso; ma noi ommettiamo la trattazione di questa parte, perchè più propria al diritto civile che al diritto commerciale. È, però, fuor d'ogni dubbio che non può considerarsi valido se non il matrimonio civile (1); e, quindi, se nelle varie obbligazioni che la moglie potrebbe trovarsi astretta ad adempire riguardo ai creditori del marito dichiarato in istato di fallimento, ella opponesse la sua qualità di moglie non legittima per inadempite forme civili del matrimonio; non siamo lontani dal credere che ella diventerebbe, nei rapporti patrimoniali dipendenti dal matrimonio di fatto, completamente estranea agli obblighi patrimoniali del marito. Sicchè, come essendo sua creditrice, non avrebbe, in caso di fallimento, nessuna prelazione sugli altri creditori, così nessun creditore potrebbe rivolgersi a lei per ricuperare ciò che gli dovesse il marito. Sulla seconda condizione non può esservi dubbio; giacchè non esistendo, per mancanza di dote o di una qualsiasi entità patrimoniale dalla moglie portata al marito o propria della moglie, beni che formino una parte della sostanza famigliare del fallito, neppur può applicarsi una qualsivoglia disposizione di legge che abbia fondamento nella esistenza di quei beni particolari.

Così dicasi dei beni parafernali; nella cui non esistenza non potrà applicarsi ciò che dice il legislatore commerciale a loro riguardo. La terza condizione, che si riferisce ad acquisti fatti dalla moglie con danaro proveniente dai suoi beni per la loro alienazione, o per effetto di eredità o in dipendenza di rapporti giuridici preesistenti al matrimonio, lascia intravvedere la necessità degli eventi sui quali si fonda. Epperò, se il danaro proveniente dalla vendita di beni appartenenti alla moglie non fu impiegato nell'acquisto di immobili parrebbe non più applicabile il disposto del Codice di commercio. Ma questo è un ben importante quesito; per cui rimandiamo il lettore a più avanti, per quello sviluppo che si merita la disposizione della legge commerciale che vi si riferisce. Qui non sembra fuor di luogo avvertire, che l'alienazione di beni appartenenti alla moglie, ed a cui allude l'articolo 781 del Codice di commercio, avviene in modi e forme diverse secondo che trattisi di beni dotali, parafernali o d'altra specie. E perchè il Codice civile stabilisce norme particolari per l'alienazione dei beni dotali, fissando come principio la inalienabilità della dote (art. 1405, 1406, 1407), è indubitabile che non sarà possibile l'applicazione dell'articolo 781 Codice di commercio, nelle sue varie conseguenze, se l'alienazione di cui ivi si parla

(1) Crediamo, però, avvertire che il matrimonio religioso, per quelle persone che lo contrassero quando ancora non era obbligatorio ed essenziale il matrimonio civile, nel caso in cui uno dei coniugi cada in fallimento, abbia la stessa efficacia del matrimonio civile, e renda perciò applicabili quelle disposizioni del Codice di commercio, che ora si esaminano.

Nell'ipotesi di un matrimonio religioso contratto con esclusione del matrimonio civile, non ostante la necessità delle forme civili del matrimonio, rimane a vedere se siano pur nulli tutti gli altri atti e contratti dipendenti da quel primo atto nullo. Quindi, al caso nostro, se sia indifferente, per ciò che riguarda la condizione individuale ed i rapporti patrimoniali dei due coniugi, la nullità del primo atto, che costituisce la base su cui vengono a formarsi tutti gli altri, o se sia sostenibile la nullità e quindi la inefficacia degli altri atti da quello derivanti. Tuttavia, la costituzione di dote, gli atti tra i coniugi fatti secondo le forme stabilite per l'indole di ciascuno di essi, saranno nulli assolutamente o solo relativamente? Esisteranno essi come obbligazioni od atti contrattuali qualsiansi, oppur no? Sembra a noi che in una tale ipotesi, il matrimonio di fatto, religioso, sia a considerarsi, quanto ai rapporti patrimoniali dei coniugi, una società civile; la quale crea pei due contraenti tutti quegli obblighi che il Codice civile sancisce e riconosce appunto ai soci in tali società.

avvenne, non osservate le forme dal legislatore civile stabilite. Vedremo, anche riguardo al disposto dell'articolo 781 del Codice di commercio, quali sieno le conseguenze che sgorgano mettendolo in rapporto con l'articolo 1403 del Codice civile. Quarta ed ultima condizione è la necessità della prova riflettente il danaro impiegato nell'acquisto dell'immobile di cui si parlava più sopra. La espressa richiesta fatta dal legislatore di un documento di certa data che provi la provenienza del danaro, dimostra come ei sia partito dalla presunzione che il marito commerciante possa alleggerire il patrimonio suo a danno dei suoi creditori impiegando il danaro della sua azienda commerciale in acquisti intestati alla moglie. D'altro canto non si deve dimenticare che anche il legislatore civile ha stabilito un principio che ha grande analogia, per quanto *ex adverso*, con quello dell'articolo 781 Codice commerciale: perchè, negli articoli 1401 e 1403, è partito dalla presunzione che il marito profitti dei beni mobili stimati e non dichiarati invendibili, e del danaro dotale, investito nell'acquisto di un immobile, non dichiarato espressamente dotale! Di ciò discorreremo più a lungo altrove.

Ancora si raccoglie dall'esame dei due articoli 780, 781 coordinati, come il legislatore commerciale vi distingua i beni dotali o parafernali o ereditari o di origine diversa, in mobili ed immobili; ai primi dedica l'articolo 783; ai secondi i due articoli che esaminiamo: e questa distinzione si mantiene assolutamente indipendente dalla forma e qualità del contratto nuziale. Sicchè, anche nel caso in cui siasi tra i coniugi convenuta la comunione universale degli utili, i due articoli sono nella loro sostanza perfettamente applicabili. Tuttavia la redazione dell'articolo 781 può lasciar luogo ad un dubbio. In esso il legislatore ha scritto che la moglie ritiene pure gli immobili da lei ed in suo nome acquistati con danaro proveniente dall'alienazione di beni che le appartenevano durante il matrimonio. Parrebbe da ciò che, se la moglie acquistò beni mobili, la disposizione di quell'articolo non fosse più applicabile; anzi che per l'applicazione dell'aforisma " *legislator ubi voluit*, ecc. „ dovessero considerarsi come decadenti al marito, e quindi ai costui creditori, i beni mobili comprati con danaro della moglie anche se proveniente da alienazione di beni immobili dotali. Ma tale dubbio è tolto dalla precisa disposizione di legge. Infatti l'articolo 783, nel suo capoverso sancisce: " Se i beni della moglie furono alienati ed il loro prezzo fu convertito nell'acquisto di altri beni mobili od immobili, la moglie può esercitare su questi il diritto indicato nell'articolo 781, purchè la provenienza del danaro ed il nuovo impiego di esso constino da un atto che abbia data certa „. Non rimane, tuttavia, dalla coordinazione dei due articoli 781 e 783, risolto il caso in cui il danaro ricavato dalla vendita di un immobile o di un mobile della moglie non sia stato in modo alcuno impiegato. Di ciò tratteremo più tardi.

Un'altra distinzione, messa avanti dal legislatore, è quella dei beni che alla moglie sieno pervenuti durante il matrimonio; evidentemente qui il legislatore deve alludere alla qualità di beni non dotali. Perchè sappiamo dal diritto civile che la dote può costituirsi anche su beni futuri; i quali possono pervenire alla moglie non all'atto della celebrazione del matrimonio, ma durante questo. Sicchè, se non si mostrasse codesta distinzione potrebbe parere che nella denominazione di beni alla moglie pervenuti durante il matrimonio, fossero da comprendersi anche i beni dotali costituiti in futuro. Anche è da intendersi esclusa da ogni applicabilità di legge la ipotesi da noi accennata; quella, cioè, che si riferisce allo acquisto, da parte della moglie, per donazione, eredità od altra causa, di beni durante il matrimonio ma dopo la dichiarazione di fallimento del marito; oppure dopo

sciolto il matrimonio, per la morte del marito o la separazione legale intervenuta tra i coniugi, ma prima della dichiarazione di fallimento dell'ex-marito. Riguardo alla prima ipotesi ben poco è a dirsi. Colla dichiarazione di fallimento del marito, vengono a rompersi nel futuro i rapporti patrimoniali tra i due coniugi; quindi nessun legame possono trovare le variazioni patrimoniali della sostanza propria della moglie con le varie fasi della procedura di fallimento; eccettuato, ben s'intende, il caso in cui i beni futuri della moglie, quelli che a lei vengano ad accrescersi dopo dichiarato il fallimento (1) del marito, sieno obbligati verso il marito e quindi a vantaggio dei creditori da precedenti atti contrattuali od obbligazioni, o diritti sovr'essi acquisiti precedentemente. Quanto all'ipotesi che dopo la morte del marito, ma prima della dichiarazione del costui fallimento, sieno pervenuti alla moglie beni in uno dei modi accennati nell'articolo 780 del Codice di commercio, è più difficile stabilire se ed in qual misura possano soggiacere al diritto del creditore. Può darsi che il fallimento del coniuge premorto, dichiarato entro quel termine dalla legge commerciale consentito (articolo 690), e retrotratto, quanto alla data della cessazione dei pagamenti, a quel termine massimo che la legge stessa accorda (articolo 704), involga parte dei beni della moglie, in quanto la natura di questi beni o la forma particolare degli atti intorno ad essi stipulati, diano possibilità a questo evento. Allora, se i beni della moglie, presenti, esistenti, già acquistati a lei al momento in cui è fissata la data della cessazione dei pagamenti, entrati per qualche causa nella procedura di fallimento, vengono sottratti alla massa patrimoniale della fallita, per avvenutone sperpero da parte del marito, si potrà dubitare se i beni, pervenuti alla moglie dopo la morte del marito ma prima della dichiarazione del di lui fallimento, debbano o non ricadere a beneficio dei creditori, colmando quella lacuna lasciata dal marito per lo sperpero di beni della stessa specie.

Prima di chiudere questa delibazione dell'indole dei due articoli 780, 781, avvertiamo che si desume da essi le relazioni

(1) Si è fatta la questione se alla moglie giovi la dichiarazione giudiziale di fallimento piuttosto che la cessazione dei pagamenti che mette il commerciante in istato di fallimento. — E la giurisprudenza francese si è mostrata favorevole alla seconda ipotesi. Il Calamandrei, in Italia, segue la giurisprudenza d'oltre monte, perchè "..... si ha fallimento col semplice fatto della cessazione, in cui si trovi il commerciante, de' suoi pagamenti per obbligazioni commerciali. La sentenza del tribunale di commercio lo dichiara ma non lo crea, ed esistendo prima della sentenza stessa, basta, prima di essa, a porre la moglie del fallito nella eccezionale condizione stabilita..... „ dalla legge commerciale (op. cit., vol. I, pag. 375, n. 431). Per contro, il Vidari sembra sostenere l'opposta dottrina; egli considera che è sola la dichiarazione di fallimento che dà vita ed esercibilità ai diritti dal Codice commerciale alla moglie assicurati (op. cit., vol. VIII, pag. 535, § 4701). Di questa opinione è pure, fra i commercialisti francesi, il Boulay-Paty; pel quale, ad applicare le disposizioni del Codice commerciale, "..... il faut qu'il y ait véritablement faillite ouverte, faillite régulière et déclarée „ (op. cit., vol. II, pag. 386, n. 895). — Contrariamente opinano, oltre che la Cassazione, pressochè tutti i commercialisti francesi (Cfr. ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 283, § 1870: DALLOZ, *Répertoire*, voce citata, § 1081 a 1085; PARDESSUS, op. cit., vol. II, n. 1225; BÉDARRIDE, op. cit., vol. III, pag. 89, n. 904).

Noi troviamo che convien distinguere nel diritto di ritenzione della moglie due momenti: quello in cui il diritto stesso nasce, da quello in cui può divenir efficace; cioè, attuarsi, esercitarsi. Si ha, allora, una ben diversa condizione di cose. Perchè, se il semplice fatto della cessazione dei pagamenti commerciali da parte del marito dà vita, come fatto, al diritto di ritenzione della moglie, è solo la vera condizione giuridica del fallimento, creata con la dichiarazione di esso da parte dell'autorità giudiziaria, quella che rende esercibile il diritto della moglie *adversus omnes*. Tanto è vero questo che in caso di retrotrazione di data della cessazione dei pagamenti, con essa si retrotrae anche il diritto di ritenzione della moglie; ciò che non avverrebbe se la sola dichiarazione del fallimento fosse utile alla moglie; o se fosse la esercibilità del suo diritto affatto indipendente dalla stessa dichiarazione.

che hanno i diritti della moglie ivi toccati e il momento in cui si possono tali diritti esercitare. Anzitutto essi non si possono esercitare che in caso della dichiarazione di fallimento del marito. Qui si intende che lo stato di fallimento del negoziante è questione di fatto per la moglie; non è d'uopo, cioè, che il fallimento sia stato dichiarato dal tribunale (art. 684), perchè la moglie possa prendere quei provvedimenti che può reputare necessari per la tutela, la garanzia, l'esercizio dei suoi diritti. Giova ad essa il disposto dell'articolo 683; tanto più che l'art. 780 parla non della *dichiarazione di fallimento* ma bensì del *caso di fallimento* del marito. La cessazione dei pagamenti produce lo stato di fallimento; quindi la moglie, dal momento in cui cessano i pagamenti commerciali da parte del proprio marito, può esercitare il suo diritto di ritenzione. Poi, in secondo luogo, questo diritto di ritenzione è composto da altri diritti tutti di natura patrimoniale relativi: " *a*) alla ritenzione degli immobili e mobili dotali e parafernali: *b*) al rimborso del pagamento dei debiti del marito e alla riscossione dei crediti dipendenti da contratti a titolo oneroso: *c*) alla estensione della ipoteca legale a garanzia della dote ed agli effetti dei vantaggi derivanti dal contratto di matrimonio: *d*) alla riscossione del prezzo dei di lei beni alienati dal marito durante il matrimonio „ (1). L'esercizio di codesti diritti e le azioni dipendenti da questo esercizio, competono alla moglie su tutti i beni del marito, caduti in fallimento; quindi la massa dei creditori subentrata al fallito trovasi di fronte un creditore formidabile come quello che non può essere parificato agli altri eventuali creditori del fallito.

338. *La rescissione del matrimonio per la separazione legale dei coniugi. — Applicazione del diritto civile.* — Quid juris, *quando esista l'istituto del divorzio e i coniugi sieno divorziati.* — Le disposizioni del Codice commerciale, attinenti ai diritti della moglie del fallito, partono tutte dalla considerazione della esistenza dello stato matrimoniale al momento in cui cessano da parte del marito i pagamenti commerciali. Pare a noi, tuttavia, che i diritti dotali e patrimoniali della moglie possano trovarsi ugualmente coinvolti nel disastro finanziario del marito, anche non esistendo più il rapporto coniugale; e pare a noi, quindi, che debbasi aver un riguardo alla eventuale condizione patrimoniale della *ex*-moglie del fallito.

Sappiamo che il patrio Codice civile, oltre lo scioglimento del matrimonio per decesso d'uno dei coniugi, non consente loro che la separazione legale (Cod. civ., art. 1481), e limita la sua concessibilità ad alcuni casi tassativamente dichiarati (Cod. civ., art. 149 a 152). Gli effetti della separazione legale, quanto ai rapporti patrimoniali dei coniugi, differiscono a seconda degli eventi che provocarono la separazione, e della imputabilità di quelli. Che, tenuto colpevole il marito, ei perderà i lucri dotali utili che erangli assicurati dal contratto matrimoniale, ed anche l'usufrutto legale che gli spetta. Provata, per contro, la colpabilità della moglie, siffatti danni economici, se sono possibili, ricadranno su di lei. Ritenuti colpevoli ambidue, la perdita reciproca ridurrà pari le condizioni economiche derivanti dai rotti rapporti patrimoniali dei coniugi. Ora, possono verificarsi due casi, cioè: 1° È pronunciata la separazione legale dei coniugi prima della dichiarazione di fallimento che colpisce il marito: 2° È pronunziata la separazione dopo dichiarato il fallimento del marito. Quale sarà, allora, la condizione della moglie pei suoi rapporti patrimoniali, col marito fallito e da lei separato? Qui si presenterebbero altre ipotesi; come quella della separazione avvenuta dopo la cessa-

(1) PAGANI, op. cit., fasc. 88, p. 112, § 80; Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 532 e seg., §§ 4699 e 4700.

zione dei pagamenti ma prima della dichiarazione del fallimento; quella della separazione avvenuta prima della cessazione dei pagamenti (anche a retrotrazione di data) e prima della dichiarazione di fallimento, ma quando non sono ancora definitivamente regolati i diritti ed i rapporti provenienti dalla separazione (1); ed altre che non accenniamo.

Quanto al primo caso non può esservi dubbio sulla piena applicabilità del disposto dei due articoli 780 e 781 del Codice di commercio, se nel tempo che intercede tra la pronunzia della separazione e la dichiarazione di fallimento non furono pienamente regolati i reciproci diritti dei coniugi: quindi la moglie opporrà sempre in pieno diritto ai creditori del fallito il suo diritto di ritenzione.

Non così facile si presenta il secondo caso. Se la separazione vien pronunziata dopo che il marito fu dichiarato fallito, può darsi che la moglie abbia esercitato il diritto di ritenzione; ed allora, quanto ai suoi diritti di moglie effettiva, questi sono tutelati da ciò che, riguardo ad essi, è scritto nel Codice di commercio. Ma dei diritti particolari che possono venire attribuiti nella sentenza che pronunzia la separazione legale, può darsi che non ne sia più possibile l'esercizio in causa degli effetti del fallimento.

Allora mancando, per un fatto antecedente, la necessaria base all'esercizio di quei diritti, non se ne può ottenere l'applicazione utile. Che, se dei suoi beni patrimoniali la moglie vide una parte inghiottita dai creditori del marito nella procedura del fallimento, o per propria annuenza od in base a qualche disposizione della legge commerciale, non potrà, riguardo ad essi, esercitare un'azione qualsiasi di recupero; perchè la separazione legale dei coniugi non può avere riguardo ai rapporti patrimoniali, altro fondamento all'infuori dello stato di fatto e di diritto del tempo in cui vien pronunziata.

Quanto alle altre ipotesi è da proporsi per la loro soluzione un principio generale. La separazione legale sorte immediato effetto; appena pronunziata la sentenza che la accoglie od omologato dal tribunale l'atto di separazione per reciproco consenso intervenuto tra coniugi, si muta lo stato dei rapporti tra i coniugi non solo sessualmente, ma altresì patrimonialmente. E la moglie, appena dichiarato il fallimento del marito, anche se nella retrotrazione della data della cessazione dei pagamenti, si eccede la data della sentenza che pronunziò la separazione, può esercitare pienamente tutti i diritti che le competono, non solo come moglie, ma anche quelli che le fossero stati attribuiti dalla sentenza di separazione.

Un'ultima questione può essere proposta relativa alla qualità *di moglie* nella donna che può esercitare il diritto di ritenzione degli articoli 780 e 781 del Codice di commercio. Si può dire: la moglie cessa di essere effettivamente tale quando fu pronunziata la sua separazione dal marito: quindi, non potendosi più dire moglie colei che, per propria o altrui volontà, convalidata dalla legge e dalla giustizia, non adempie verso l'uomo quei doveri che dànno vita al matrimonio, neppure saranno da lei esercibili quei diritti che furono dalla legge concessi in vista del matrimonio. Lo stato di moglie, si può dire, dev'essere attuale di fatto, e non semplicemente una giuridica finzione.

Il Codice di commercio considera lo stato di fatto e per questo concede un diritto singolare, eccezionale, che si perde non appena la persona che ne è rivestita, sia spogliata di quella particolar qualità in vista della quale la legge le attribuì un particolare diritto. Ma a questi ragionamenti s'oppone, solenne ed irrefutabile, lo spirito e la lettera della legge civile. Perchè la se-

(1) Vedere su questa ipotesi la nota 3 al § 325, pag. 718 di questo Commento.

parazione legale, se tronca tutti i rapporti coniugali, acuisce, quasi si direbbe, i rapporti patrimoniali; riguardo a' quali si conserva integra la qualità di moglie per la donna e la qualità di marito per l'uomo, non cessando mai, dopo la celebrazione del matrimonio fino alla morte dei contraenti, la qualità giuridica che col matrimonio i coniugi assunsero l'uno di fronte all'altro. È una qualità giuridica che rende la donna moglie pei rapporti patrimoniali: è codesta qualità che invano i creditori del fallito si proverebbero ad impugnare, nello intento di escluderne il diritto privilegiato.

Ma nel caso in cui, esistendo l'istituto del divorzio (1), i coniugi fossero divorziati, non crediamo che la *ex*-moglie potrebbe di fronte al già marito, dichiarato in istato di fallimento, vantare, anche giuridicamente, la propria qualità di moglie, per prevalersi del diritto singolare concessole a tutela dei suoi rapporti patrimoniali nati in causa del matrimonio. Il divorzio tronca assolutamente la vita matrimoniale; i coniugi diventano tanto estranei l'uno all'altro, che ambidue, trascorso per la moglie il tempo necessario per evitare un abuso di paternità, possono passare a nuove nozze. Quindi se la moglie antica contrae obbligazioni col già suo marito dopo la pronunziazione del divorzio non può, evidentemente, essere altrimenti considerata che come un estraneo, un creditore parificato agli altri (2).

329. *Diritto di ritenzione della moglie pei beni dotali e parafernali immobili: percezione dei frutti da tali beni derivanti. — Ugual diritto pei beni dalla moglie ereditati od a lei* " pervenuti in dipendenza di rapporti giuridici „ *anteriori al matrimonio.* — Il Codice di commercio francese all'articolo 557 (3) dice che la moglie " reprendra *en nature* „ gli immobili dotali e gli altri a lei pervenuti per eredità o donazione: e lo articolo 558, parlando degli altri immobili che essa avesse in suo nome acquistati con danaro della propria dote, ommette la designazione del modo e delle condizioni con che ella riprenderà tali beni. La frase " *reprendra en nature les ..... immeubles .....* „ non fu ripetuta dal legislatore italiano; e, anche tenuto conto della legge che regola i rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto civile francese, non sapremo qual valore e qual significato attribuirle. Il legislatore commerciale italiano del Codice abolito, in una redazione più prossima, cronologicamente, a quella del Codice francese, non usò la designazione, di cui si tratta, che all'articolo 674, parlando di mobili: ciò che ha ridotto al suo vero significato quella frase che, nell'ermeneutica legale, non può in verun modo adattarsi alle cose immobili. La dottrina francese non spiega affatto quale sia la significazione di questa frase e il Boulay Paty (4) solo, pare volerla interpretare come una cattiva locuzione usata per dire che la moglie riprende i proprii beni nello stato in cui si trovano.

La presente legge commerciale, che, come si è visto più addietro (§ 326), ha inteso portare una modificazione di gran valore

(1) Ciò è applicabile alla Francia dove questo istituto ha vita.

(2) Non è certo a parlare dei diritti patrimoniali della moglie divorziata, nati col matrimonio e non ancora dal marito definiti dopo la pronunciazione del divorzio; in questo caso la ex-moglie agisce in vista de' suoi diritti matrimoniali che non hanno trovato soddisfacimento.

(3) Art. 557 Code de commerce:

" En cas de faillite du mari, la femme dont les apports en immeubles ne se trouveraient pas mis en communauté, reprendra en nature les dits immeubles et ceux qui lui seront survenus par succession ou par donation entre vifs ou testamentaire.

Art. 558. La femme reprendra pareillement les immeubles acquis par elle et en son nom des deniers provenant des dites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition, et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique „.

(4) Op. cit., vol. II, pag. 394, n. 906.

nella forma e, in parte, anche nella sostanza delle disposizioni degli articoli 671, 672 abolito Codice, con sostituire il verbo *ritenere* al verbo *riprendere*, non è però giunta, neppure embrionalmente, a dimostrare quale sia il modo con cui la moglie esercita codesto suo diritto di ritenzione. Il Codice civile e le varie formule in esso sancite particolarmente riguardo ai depositari (Codice civile, articolo 1868), ai pignoratarii (Codice civile, articolo 1884), ecc., ci avevano abituati ad un ben diverso uso e significato del verbo ritenere: uso e significato che non hanno alcun riscontro in quanto dicono gli articoli 780 e 781 dello attuale Codice di commercio. E il comune uso della voce *ritenere* nel linguaggio giuridico si rifiuta a rendere per intero quella significazione, che intenzionalmente, si volle ad essa attribuire dal legislatore commerciale. Ora più che altro è a intendersi che la moglie ha diritto ad agire contro tutti i creditori del proprio marito dichiarato in istato di fallimento e sul patrimonio dello stesso, per ottenere il ricupero di quei beni immobili sì dotali che parafernali di cui si parla negli articoli in esame. Allora i creditori che subentrano per la speciale natura dell'istituto di fallimento al commerciante fallito, trovansi di fronte come loro creditrice la moglie del loro debitore; ed è in confronto di costoro ch'ella esercita il suo diritto dal legislatore commerciale malamente figurato come diritto di ritenzione. Qui è d'uopo fissare assai acutamente l'attenzione per non incorrere in errori, od in equivoci. È da ricordare che la moglie, per l'espressa disposizione del legislatore civile (Codice civile, articolo 1418), può, ed ella soltanto, agire giudizialmente per ottenere la separazione della dote, quando sia in pericolo di perderla o quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti a soddisfare i diritti della moglie. Dunque, codesta separazione, che può chiedersi non solo nel regime dotale ma anche in quello della comunione universale degli utili (Codice civile, articolo 1442), potrà dalla moglie venire chiesta giudizialmente in qualsiasi momento purchè concorrano le concause che il legislatore ha poste come elementi per convalidare la domanda: e dovrà sempre venire accordata anche alla moglie del commerciante quando sieno osservate le norme dell'articolo 19 del Codice di commercio. Sicchè, pericolando per dissesti finanziarî la condizione patrimoniale del marito, nulla vieta che la moglie, allo scopo di tutelare i suoi interessi patrimoniali, agisca immediatamente per la separazione dei due patrimoni, ed ottenga il reale soddisfacimento di quanto le è dovuto " *fino alla concorrenza dei beni del marito* „; salvi sempre ai creditori i diritti loro assicurati dagli articoli 19 Codice di commercio e 1422 Codice civile. Certo però che l'azione di separamento non è efficace che riguardo ai beni costituiti in dote; e quindi rimangono esclusi i beni parafernali e quelli d'altra natura pervenuti alla moglie in un momento qualsiasi del matrimonio e per qualsiasi causa. Da questo risulta che alla moglie del fallito sono accordati due modi di ricupero della propria sostanza che possono combinarsi: un'azione di separazione della dote; un'azione di ritenzione di tutti gli altri beni immobili (1). Però è d'uopo non confondere: perchè può parere che, dato lo stato di fallimento del marito, la sola legge imperante, di cui può vantaggiarsi la moglie, sia la legge commerciale e, più precisamente, il disposto dei due articoli 780, 781 del Codice di commercio; e ciò perchè gli articoli 1418 e 1442 del Codice civile (2) non sembrano alludere al caso specifico del fallimento,

(1) Converrebbe meglio dire rivendicazione: del quale istituto parleremo più avanti, come comporta la esegesi del Codice commerciale.

(2) Art. 1418. " La separazione della dote non può domandarsi se non giudizialmente dalla moglie la quale sia in pericolo di perderla, o quando

mentre noi crediamo che la locuzione di quei due articoli del Codice civile sia pienamente applicabile al caso di fallimento.

Oltrechè il ricupero completo della propria intiera sostanza immobiliare in odio ai creditori del marito, la moglie gode e percepisce anche i frutti di cotali beni. La dichiarazione espressa che a questo proposito fa il legislatore non meriterebbe alcuna illustrazione, se non fosse che in tal guisa si sottrae la intiera sostanza della moglie, costituita o non in dote, purchè immobiliare, a quel diritto d'usufrutto che o i patti nuziali o posteriori convenzioni intervenute tra i coniugi o permesse dalla legge, o il preciso dettato della legge stessa avessero accordato al marito: sottrazione questa che aggiungerebbe un nuovo danno ai creditori. Sul che il Vidari accoglie l'opinione di un autore da lui citato (1), scrivendo che la moglie del fallito ritiene e conserva i beni nello stato in cui si trovano non solo, ma deve rimborsare " il marito, e per esso la massa, delle migliorie da lui recate agli immobili della moglie, ove di ciò il curatore possa fornire la prova certa, ed ove gli immobili sieno in possesso del marito „ (2). Sul che rileviamo tosto una contraddizione se pure non si voglia ritenere affatto arbitraria questa interpretazione della legge commerciale.

Anzi tutto si dovrebbe distinguere il regime patrimoniale sotto cui vivevano i coniugi perchè l'opinione del Vidari e del Venditti avesse qualche peso. Proporre come massima generale che la moglie deve rimborsare alla massa dei creditori l'importare delle migliorie dal marito apportate ai proprî beni, gli è come dire che la moglie, anche nel regime della comunione universale degli utili, non solo divide col marito i benefizî provenienti dalla propria sostanza, ma anche deve eventualmente pagare quei miglioramenti ad essa arrecati coi danari della comunione, miglioramenti che, oltre a non aver arrecata spesa alcuna al marito, gli fruttarono un aumento nella quota di utili a lui devoluta. Ciò che sarebbe semplicemente assurdo. Vivano gli sposi sotto il regime dotale. La sostanza della moglie, e suppongasi che vi sieno uniti anche i beni parafernali, è amministrata dal marito. Ei lucra, per il disimpegno del suo ufficio ed a termini di legge, quanto gli fu assegnato nel matrimoniale contratto.

Come amministratore ed usufruttuario per la disposizione stessa della legge, è tenuto ad usare, nella gestione degli affari della moglie, quella avvedutezza ed intelligenza che la legge attribuisce ad un buon padre di famiglia, Epperò effettua, riguardo ai beni della moglie e con danari da questi provenienti, tutte quelle migliorie che valgano ad aumentare od a conservare il loro valore, nè la legge gli consente indennità per miglioramenti che avesse fatti, anche se il valor della cosa fosse aumentato (Codice civile, art. 495) (3). Oh! perchè mai,

il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non sieno sufficienti per soddisfare i diritti della moglie. — La separazione della dote può anche essere domandata dalla moglie che abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito. — Ogni separazione stragiudiziale è nulla „.

Art. 1442. " La separazione giudiziale dei beni non può pronunziarsi che in caso di cattiva amministrazione della comunione o quando il disordine degli affari del marito metta in pericolo gli interessi della moglie. — A siffatta separazione sono applicabili le disposizioni degli articoli 1418, 1420 e 1421 „.

(1) VENDITTI, *I diritti della moglie del fallito*, pag. 42-43.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 535, § 4700.

(3) Il marito è dalla legge considerato come usufruttuario dei beni della moglie (Codice civile, articoli 408 e 1431), e come tale, tenuto a tutti gli obblighi dell'usufruttuario (Cod. civile, articoli 496 a 514), del quale gode altresì tutti i diritti (Cod. civile, articoli 479 a 495). Sicchè, nè il Venditti nè il Vidari avrebbero espressa una opinione così veramente erronea, se avessero considerato meno superficialmente, da quali legami di subordinazione sieno unite le disposizioni del Codice di commercio a quelle del Cod. civile (Codice commerciale, art. 1, capoverso).

quando scoppia la crisi commerciale del marito, la moglie dovrà rimborsare a questi, cioè ai di lui creditori, somme che non furono mai sottratte alla sostanza del marito?! Si potrebbe giustificare la opinione del Vidari, se il marito avesse col proprio migliorata la sostanza della moglie; ma all'infuori di questo caso, che può presentarsi ben raramente negli annali dei rapporti patrimoniali tra coniugi, non riteniamo valida la opinione dell' insigne commercialista. Quanto alla forma con cui egli la espresse, dicemmo che da essa si crea tosto una contraddizione, anzi meglio ancora, un argomento di opposizione. Perchè, il supposto che il marito sia in possesso dei beni immobili della moglie, dato il sistema del regime patrimoniale consentito dalle nostre leggi civili ai coniugi, non può concepirsi che qualora la sostanza della moglie sia in amministrazione ed usufrutto del marito, per pattuizione matrimoniale; nel regime, quindi, dotale. Ma allora al possesso si accompagna il godimento dei frutti prodotti dalle cose possedute, e, nel caso del marito, l'obbligo di quella intelligente amministrazione di cui si parlava più sopra: quindi si torna all' identica soluzione precedentemente apprestata; che, cioè, le migliorie venendo fatte con danaro della moglie, non è ella obbligata a rifusione di sorta verso i creditori del marito. Non parliamo poi della dubbia equità che, dato il vero diritto dei creditori del marito ad un simile rimborso, assume la clausola " ove gli immobili sieno in possesso del marito „. Così, se esistesse veramente un complesso di migliorie dal marito apportate con danaro proprio agli immobili della moglie, ed egli avesse perduto il possesso di quegli immobili, nessuno potrebbe menar buona la iniquità del legislatore che avesse spogliato i creditori di parte di ciò che loro è dovuto, pel solo fatto che il loro debitore non possiede più ciò che doveva servire a compensarli.

Il diritto alla percezione dei frutti non è limitato ai soli immobili dotali. Sono posti nello stesso godimento tanto i beni parafernali che le appartenevano al tempo del matrimonio, quanto quei beni che le pervennero durante il matrimonio per donazione, eredità o qualsiasi rapporto giuridico anteriore al matrimonio. A spender poche parole su questo punto, facciamo considerare al lettore, che in questa parte seconda dell'articolo 780 si distinguono tre epoche diverse nelle quali possono essersi alla moglie acquistati beni immobili: i beni immobili, parafernali, assegnatile al momento del matrimonio, cioè, colla stipulazione del contratto matrimoniale; i beni immobili che le pervennero durante il matrimonio, per donazione o eredità: i beni immobili che le pervennero durante il matrimonio, ma in causa di rapporti giuridici ad esso anteriori. La enumerazione chiusa dal legislatore nell'articolo 780, si presenta con ogni carattere della più assoluta tassatività. Per questo sembrano esclusi dal diritto di *ritenzione*, sancito a favore della moglie, i beni immobili che durante il matrimonio le pervennero, ma in dipendenza di rapporti giuridici posteriori alla sua celebrazione.

Nè è adatto a colmare questa lacuna l'articolo 781; il quale, in quanto non richiami l'articolo precedente, non regola che il caso in cui, avvenuta un'alienazione di beni alla moglie appartenenti al tempo del matrimonio, debbasi investire in acquisto d'altri beni immobili, il danaro ricavato dall'alienazione. Convien supporre che si acquistino al marito i beni provenienti dal fattispecie da noi congetturato, non ostante quello che dispongono gli articoli 1403 e 1406 del Codice civile? Non lo crediamo: perchè, pur trattandosi di beni mobili, occorrono fatti specifici, condizioni particolari dalla legge tassativamente indicate (Codice civile, articoli 1401, 1411, 1437; Codice commerciale, articolo 783) per attribuirne l'acquisto al marito. Sicchè è d'uopo concludere, che la lacuna sopra lamentata è soltanto apparente, dovendosi avere come

dimostrativa la enumerazione fatta dall'articolo 780 del Codice commerciale.

330. *Alienazione di beni alla moglie appartenenti al tempo del matrimonio ed acquisto* " da essa ed in suo nome " *fatto di altri beni, col danaro proveniente da quella vendita. — Considerazione sul caso in cui siansi venduti beni mobili ed acquistati beni immobili: inversione della ipotesi. — Permuta.* — L'art. 781, che si presenta come necessario complemento dell'art. 780, è la ripetizione dell'art. 672 del Codice di commercio abolito, alla guisa stessa con cui erasi riprodotto codesto dall'art. 558 del Codice commerciale francese. Però, quest'ultimo non considera il caso dell'alienazione di un immobile della moglie e dell'acquisto di un altro immobile col danaro proveniente da quella vendita. Una simile ommissione, a cui mal pongono rimedio le sanzioni del Codice civile relative al contratto matrimoniale, merita tutta l'attenzione dello studioso, tanto più che il successivo art. 559 afferma la presunzione legale della proprietà nel marito di beni acquistati dalla moglie; salva ad essi la prova in contrario.

E la dottrina francese non si perita ad aggiungere che " les biens, dont parle l'article 559, sont les immeubles et les meubles acquis depuis le mariage " (1). Con che, se il legislatore ha inteso trovare la giustificazione di ciò che ha sancito nella massima altre volte usata nel diritto imperiale romano in analoga materia " *vitandi turpis quaestus gratia* " non si può dire che sia altrettanto riuscito ad evitare gli abusi che il marito, sotto il manto della legge, può commettere a danno della moglie. Invece il legislatore italiano intese provvedere, con l'art. 781, a tutti i casi di un accrescimento patrimoniale nella sostanza della moglie, attenendosi al principio dominante l'istituto del contratto matrimoniale, secondo il Codice civile. Questo dichiara nulla l'alienazione e l'obbligazione della dote, quantunque vi acconsentano ambidue i coniugi, se non è stata permessa nel contratto di matrimonio o non si adempiano le condizioni espressamente dalla legge stabilite (Codice civile, articolo 1404, 1405, 1407). Ora è evidente, che qualunque variazione nello stato di fatto dei beni dotali è compresa nel disposto dell'articolo 781, che così acquista un carattere generale che non si può nettamente dedurre dalla lettera sua. Però, negli acquisti di cui si parla in codesto articolo non pare compreso il caso dell'impiego del danaro dotale, del danaro cioè, che fu costituito in dote alla moglie; e, come di ciò non si parla in questo articolo 781, neppur vi si ha riguardo speciale nell'articolo 784 che sarebbe, logicamente, quello nel quale si doveva parlarne. Commentando questo articolo svolgeremo ampiamente una tale ipotesi.

Sembra che nell'articolo 781 il legislatore commerciale abbia rinunciato alla qualificazione di cui aveva usato nell'articolo precedente. Nel quale vedemmo distinti i beni dotali dai beni parafernali e i beni alla moglie appartenenti al tempo in cui fu celebrato il matrimonio dai beni che le pervennero durante il matrimonio per varie cause. Nè sembra facile giustificare una tale ommissione, che vogliamo credere involontaria, in quanto che, neppure la allusione espressa di codesto all'articolo 780, vale a trarre nelle disposizioni dell'articolo 781 la serie dei beni dotali. Sicchè, parrebbe chiara la intenzione del legislatore di attribuire al marito gli immobili dalla moglie acquistati in proprio nome con danaro proveniente da beni dotali. Ma ciò è sostenibile? L'articolo 1403 del Codice civile dice che l'immobile acquistato con danaro dotale, divien dotale solo quando nel contratto di matrimonio si stipulò la condizione dell'impiego. Allora, in assenza

(1) RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 287.

della espressa stipulazione della condizione d'impiego, pare che il danaro debba essere ingoiato dalla sostanza del marito, in caso di fallimento, per la presunzione legale che il danaro appartenga al marito. Se non che la moglie è indotta a provare la provenienza del danaro e con questa il suo diritto sull'immobile il quale diventa, allora, immobile dotale e si giova delle disposizioni dell'art. 780. La moglie, poi, deve, per la espressa disposizione dell'articolo in esame, fare l'acquisto in proprio nome; e, come dice la legge, essa " ritiene gli immobili da essa ed in suo nome acquistati con danaro proveniente dall'alienazione dei beni che le appartenevano al tempo del matrimonio „. Il valore della clausola " da essa e in proprio nome „ verrà illustrato nel paragrafo successivo.

La disposizione dell'art. 781 si rivolge al solo caso in cui il danaro, proveniente da alienazione di immobili, sia stato impiegato nella compra di altri immobili: trascura il caso in cui quel danaro sia stato convertito in acquisto di mobili; e il caso in cui sia stato reimpiegato in acquisto di immobili il danaro proveniente da alienazioni mobiliari. Veramente questa seconda ipotesi è contemplata dall'articolo 783 secondo comma. A norma di quanto ivi si stabilisce la moglie può esercitare il diritto di ritenzione su quegli immobili che furono acquistati con danaro proveniente dalla vendita di beni mobili a lei appartenenti a qualsiasi titolo e pervenutile in qualsivoglia momento, purchè la provenienza del danaro ed il nuovo impiego di esso constino da un atto che abbia data certa. Ben s'intende che, anche in codesta ipotesi, rimangono inalterate le condizioni stabilite nel contratto nuziale, od imposte dalla legge civile nel titolo del contratto matrimoniale.

Quanto all'ipotesi invertita, che, cioè, il danaro, provenga da immobili ed abbia servito all'acquisto di mobili, trova la propria natural soluzione nel disposto del primo comma dell'articolo 783. Non potrà parere, a prima veduta, che questo articolo si adatti precisamente a quanto andiamo dicendo: chè esso allude all'art. 780, nel quale sono contemplati immobili acquistati dalla moglie ma non per compra, mentre la ipotesi nostra trova nel contratto di compra-vendita la sua consistenza. Tuttavia, il legame che avvince la disposizione dell'art. 783 alle disposizioni dell'art. 781, a cui rivolgonsi le nostre considerazioni, si mostra palese non appena si rivolga l'attenzione all'inevitabile coordinarsi dei due articoli 780 e 781. L'articolo 780 figura come il capo saldo su cui il legislatore venne edificando via via tutto il sistema di sanzioni, dirette a tutelare i diritti della moglie del fallito. Allora, il riferimento dell'articolo 783 ai beni, indicati dall'articolo 780, non può non rivolgersi direttamente anche all'articolo 781. Di qui è inevitabile la conclusione, che i beni mobili dalla moglie acquistati in nome proprio con danaro proveniente dalla alienazione di beni immobili (articolo 781), sia dotali che parafernali, che avuti per eredità o donazione e pervenuti a lei in dipendenza di rapporti giuridici anteriori al matrimonio (art. 780), ritornano ad essa in natura, quando sia provata la provenienza del danaro o la identità dei beni con inventario od altro atto, che abbia data certa (articoli 781 e 783). Nè a questa soluzione si può opporre il disposto, assoluto apparentemente, dell'articolo 782. Quest'articolo, per la posizione che gli fu assegnata sta come un diaframma tra le disposizioni relative ai beni immobili (articoli 780 e 781) e quelle relative ai beni mobili (articolo 783). Tuttavia è a ritenersi non attendibile l'effetto che da una tal posizione l'art. 782 irradierebbe sui beni immobili della moglie non contemplati negli articoli 780 e 781; del che vedremo tosto le ragioni illustrandone la illogica compagine. Ora unicamente avvertiamo che questo articolo 782 si troverebbe in minor disagio se il legislatore gli avesse assegnata la cifra dell'art. 783,

mettendo quest'ultimo immediatamente successivo all'articolo 781.

Prima di passare all'illustrazione delle condizioni richieste dal legislatore per la applicazione, in favor della moglie, del diritto di ritenzione ordinato dall'artic. 781, accenniamo una questione sollevata nella dottrina francese (1) e che fu risolta favorevolmente alla moglie del fallito. Si tratta, cioè, d'argomentare dalla lettera e dallo spirito della legge, se la permuta dei beni immobili, operatasi a vantaggio della moglie su beni di lei, rivestiti delle qualità richieste dagli articoli 780, 781 Codice commerciale italiano (557-558 Code de commerce), influisca nel senso di far perdere alla moglie il diritto di ritenzione sui beni avuti in cambio dei proprî. Il quesito si presenta di facile soluzione pel diritto italiano: dessa si può trovare seguendo la guida data dall'articolo 1404 del Codice civile, che appunto si riferisce alla permuta di immobili dotali. Sicchè, è fuor di dubbio che lo stesso diritto di ritenzione e di rivendicazione che alla moglie appartiene per l'immobile acquistato con danaro proveniente dall'alienazione di un altro immobile dotale o parafernale od altrimenti in di lei proprietà, le appartiene, altresì, per quei beni che le pervennero in causa d'una permuta e che acquistarono lo stesso carattere dei beni che furono dati in cambio. Così dicasi del danaro che, per avventura, la moglie avesse ricevuto a complemento dell'immobile datole in cambio: questo danaro, però, tanto se fu reimpiegato nell'acquisto d'immobili o di mobili quanto se rimase inimpiegato, dovrà sempre essere dalla moglie rivendicato così come è indicato negli articoli 781 e 783 del Codice commerciale.

331. *Condizioni opposte dall'artic.* 781 *del Codice di commercio agli abusi presumibili nella alienazione ed acquisto di immobili da parte della moglie. — Acquisto fatto dalla moglie e in nome proprio. — Interpretazione della clausola* " da essa ed in suo nome acquistati „. — *Espressa dichiarazione dell'impiego del danaro. — Accertamento della provenienza del danaro mediante inventario. — La* data certa *degli atti. — Rinvio all'articolo* 784 *Codice di commercio.* — Appena si legga il testo dell'articolo che si esamina, la nostra attenzione si ferma sugli estremi che il legislatore richiede per la applicazione di quanto sancisce in quell'articolo. Qui più che altrove si scorge, come elegantemente avverte il Vidari, essere la legge del fallimento una legge di sospetto. Perchè tutto ciò che il legislatore sancisce in questi articoli, risguardanti i diritti della moglie del fallito, se si eccettui l'articolo 780, è subordinato all'intento d'evitare le frodi del marito dirette a sottrarre parte della sua sostanza ai diritti del creditore passandola in proprietà fittizia alla propria moglie. E la Commissione del 1869 espresse apertamente codesto concetto, scrivendo che " il concetto generale a cui s'inspira la leggenel regolare tali diritti palesa una sospettosa diffidenza, che è ben giustificata dagli abusi, che fino dalla più remota antichità sogliono commettersi in questa materia a danno dei creditori „ (2). Nè la legge italiana è l'unica che prescriva cautele, tenendo per regola che i beni acquistati durante il matrimonio, sieno acquistati con danaro del marito e, perciò, devoluti al pagamento dei creditori. Il legislatore francese è più esplicito dell'italiano nel pronunziare la presunzione di proprietà dei beni a favor del marito; e l'art. 559 del Codice commerciale francese ammette la moglie soltanto a provare il contrario di ciò che il legislatore impone come " présomption légale „.

Anche più severa si mostra la legge austriaca, pel cui § 49 la data del documento in cui sia provata la provenienza e l'impiego

(1) RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 284.

(2) Tornata 15 marzo 1872 - Verbale 838.

del danaro della moglie, è dichiarata insufficiente a sottrarre, per se sola, i beni così acquistati dalla moglie al diritto dei creditori. Più liberale è l'ordinanza germanica; secondo la quale alla moglie è concesso di rivendicare gli oggetti da essa acquistati durante il matrimonio, producendo le prove degli acquisti da lei fatti. E le altre legislazioni commerciali d'Europa seguono più o meno rigorosamente un identico sistema.

Dunque, tornando all'articolo 781, la moglie potrà rivendicare quegli immobili che abbia acquistati durante il matrimonio con danaro proprio, solamente quando concorrano le seguenti condizioni: che l'acquisto sia fatto da essa e in suo nome: che nel contratto d'acquisto sia espressamente fatta la dichiarazione dell'impiego del danaro; che la provenienza del danaro sia accertata da inventario o da altro atto che abbia data certa. La simultaneità e la concomitanza di queste condizioni è richiesta in modo assoluto. L'assenza di una di esse non può essere sanata dalla sovrabbondanza delle prove d'un'altra nè dall'intensità specifica delle prove addotte. L'insufficienza delle prove arrecate per sostenere uno di codesti estremi richiesti dal legislatore invalida gli altri. Dippiù, è anche a rilevarsi come il legislatore abbia recisamente determinata la origine dei beni dalla cui alienazione proviene il danaro impiegato nel nuovo acquisto. Ciò ha un palese legame con quanto è stabilito dal Codice civile all'articolo 1054, che vieta le donazioni tra coniugi; perchè si scorge che la moglie non può acquistare beni con danaro proveniente da beni immobili donatile dal marito; essendo qui applicabile l'aforisma: " *quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest* „ o meglio " *quod ab initio nullum est, nullum potest producere effectum* „. Però non seguono la stessa regola i beni che il marito abbia donato alla moglie a causa delle nozze future; questi appartengono alla moglie e fanno parte di quei beni che le appartenevano al tempo del matrimonio.

Venendo all'esame particolare di ognuna delle suesposte condizioni, è da osservarsi che la clausola usata dal legislatore, riguardo ai beni acquistati dalla moglie, " da essa ed in suo nome acquistati „, va interpretata restrittivamente. Sicchè, quantunque la moglie possa acquistare beni per mezzo di mandatario, se tali beni, nel documento che si redige per comprovare il passaggio di proprietà, non sono intestati a lei, basta ciò perchè ella perda il diritto di rivendicarli di fronte ai creditori del marito, dichiarato in istato di fallimento. Su questo scrive egregiamente l'insigne Vidari: " Se l'acquisto fosse fatto dal marito non quale mandatario della moglie, ma in nome proprio, quantunque per conto di lei, la moglie non potrebbe respingere le azioni dei creditori di lui, sebbene il marito avesse dichiarato di acquistare coi danari della moglie „ (1). La dottrina francese e l'italiana sono d'accordo nel riconoscere la indispensabilità della condizione che esaminiamo. Però l'Alauzet (2) cita una sentenza del tribunale di S. Marcellino che ritenne applicabile il disposto dell'articolo 558 del Codice di commercio francese, pari al nostro articolo 781, al caso in cui il marito avesse acquistato beni in nome proprio ma con danaro della moglie. Certo, come ben avverte il Calamandrei (3), una simile interpretazione è tutt'affatto, non solo *contra legem*, ma anche contro il concetto a cui si informa l'articolo 558; e, data nella giurisprudenza una corrente favorevole ad una simile interpretazione, cesserebbe la esistenza e la applicabilità dell'articolo 558 per far luogo alla costante applicazione esclusiva dell'articolo 559, pari all'art. 782 del nostro Codice di commercio. La condi-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 536, § 4702, II, 1°.
(2) Op. cit., § 2792 citato dal Calamandrei; BÉDARRIDE, op. cit., vol. VIII, pag. 95, § 1004 *bis*.
(3) Op. cit., vol. I, pag. 378, n. 436.

zione che l'acquisto sia fatto dalla moglie ed in proprio nome, per quanto dipenda, secondo il disposto dell'articolo 781, da beni immobili a lei proprî ed a lei pervenuti in uno dei modi dall'articolo 780 additati, non è subordinata alla condizione che l'immobile dalla moglie acquistato sia stato per intero pagato al venditore.

Il contratto di compra-vendita che garantisce il passaggio della proprietà, è legalmente perfetto dal momento in cui le parti stipulanti hanno accettate reciprocamente le condizioni contrattuali (1). Però, se il prezzo dell'immobile nuovamente acquistato, fu stabilito nel contratto, ma venne solo in parte dalla moglie sborsato, i creditori non per questo possono vantare ragioni su quel dippiù del valore dell'immobile che non corrisponde al prezzo diggià versato. Anzi crediamo che, se la moglie vendette l'immobile proprio e quindi ne acquistò un altro del quale, per le condizioni del contratto, non versò che una parte di prezzo, ritenendo, ad esempio: per garantia della evizione, il residuo danaro proveniente dalla vendita del primo immobile, e nel contratto sia menzionato l'intero prezzo convenuto, codesto danaro sfugga senz'altro alle pretese dei creditori, giovandosi di quanto dispone l'articolo 781.

Perchè, la provenienza dotale e parafernale del danaro potendo sempre essere provata con l'atto di vendita dell'immobile da cui proviene, ciò basta agli effetti dell'articolo 781, anche se non vi fu reimpiego o se il reimpiego fu parziale (2).

La dichiarazione espressa dell'impiego del danaro, che è dal legislatore richiesta come seconda condizione all'applicabilità dell'articolo 781, ha tutta l'apparenza di una condizione superflua; più che altro atta ad inceppare l'esercizio del diritto di ritenzione della moglie e non ad evitare la perpetrazione di frodi a danno dei creditori. Perchè, quando il legislatore richiede che si faccia la espressa dichiarazione dell'impiego del danaro e poi che di questo sia pur dichiarata e provata la provenienza, con la seconda condizione spoglia di ogni valore la prima. Ognuno che abbia pratica del formulario usato dal notaro nella redazione degli atti relativi al passaggio di proprietà per compra-vendita, sa che nel parlare delle condizioni dell'acquisto si dice che il venditore cede al compratore tutti i suoi diritti ed obblighi sull'immobile, oggetto del contratto, pel prezzo pattuito: e il prezzo è pagato, si dice, dal compratore con danari suoi e di sua proprietà. Ora, data codesta formola, alla quale può essere aggiunta la dichiarazione della provenienza di quel danaro che è dichiarato proprio e di proprietà del compratore, a cosa approda? Qual garanzia aggiunge la dichiarazione dell'impiego del danaro di cui fu dichiarata la provenienza? Non sarebbe, forse, una inutile ripetizione il dire, dopo che fu dichiarato che il danaro, con cui si paga l'immobile, proviene dalla vendita di un immobile precedentemente dalla moglie alienato, che quel danaro che ha quella origine si impiega in tale acquisto? A noi pare che sì. E da ciò veniamo alla conclusione che l'espressa dichiarazione dal legislatore pretesa riguardo all'impiego del danaro, si ha, quando, parlando del prezzo che è convenuto per l'acquisto dell'immobile, si menzioni la proprietà e la provenienza del danaro che si adopera nel pagarlo.

Il legislatore dice che la provenienza del danaro dev'essere accertata da atto pubblico con *data certa* o da inventario. Siamo, così, alla terza condizione di sopra accennata. L'inventario, di cui ivi parla il legislatore, è certamente quello che si fa in occasione del matrimonio (3). Da qui si deduce un'altra ambiguità della legge. Perchè, la

(1) Cfr. DALLOZ, *Répertoire*, ve *Faillite*, § 1087.
(2) Cfr. ALAUZET, op. cit., vol. IV, § 1871.
(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 537, § 4701, II, 2°.

provenienza del danaro provata da un simile inventario, non può riferirsi che a danaro menzionato specificatamente in esso; ed allora non sembra veramente accennata a proposito, nell'articolo 781, questa condizione, che, per la materia a cui può rivolgersi, trova la sua più logica posizione nell'articolo 783 o, quanto meno, nell'articolo 782.

Il legislatore, evidentemente, ha dimenticato che l'immobile, a qualsiasi titolo appartenente alla moglie e da questa alienato, non può far luogo alla dichiarazione d'esistenza di danaro corrispondente al prezzo ad esso attribuito per stima (Codice civile, articolo 1402), quando esso non sia stato alienato; anche perchè qualunque dichiarazione di valore, attribuito mediante stima, all'immobile dotale nel contratto matrimoniale, non è detto che debba corrispondere precisamente al prezzo che da quell'immobile si può ricavare alienandolo. Dunque, per noi, anche la provenienza del danaro, accertata mediante inventario, non può considerarsi come logicamente proposta dal legislatore nell'articolo 781.

Nella alternativa, risguardante le prove concesse per la provenienza del danaro, data dal legislatore mediante l'espressione " od altro atto che abbia data certa „ si compendia tutto ciò che la legge commerciale ammette in fatto di prove, quanto all'applicazione dell'articolo 781. Qui, come sempre in codesta III sezione, è tassativo quanto dispone il legislatore. Però restano escluse tutte quelle altre forme di prove che sono ammesse dal diritto comune (1). Il perchè di questo rigore usato dal legislatore commerciale non è facile a comprendere ed a giustificare. Se, come principio, la moglie può provare la proprietà in suo favore degli immobili di cui si tratta all'articolo 781, perchè si deve limitare il principio a due soli mezzi di prova?

O si suppone che, anche nelle condizioni richieste dall'articolo 781, si celi l'insufficienza a sventare le frodi dei coniugi a danno dei creditori; e allora tale insufficienza non può essere tolta di mezzo neppure dall'efficacia dei mezzi probatori concessi con l'articolo in esame. O si crede che le prove bastino a garantire la genuinità degli atti di compravendita, di cui parla l'articolo 781; e non v'è alcuna ragione di non ammettere la moglie a provare i suoi diritti con qualunque altro mezzo, ed anche, quindi, secondo i casi, colle presunzioni, colle prove testimoniali, con la confessione delle parti e con le due specie di giuramento. Questo rigore eccessivo usato dal legislatore mentre è insufficiente ad allontanare in linea assoluta le frodi, è poi iniquo e dannoso, perchè può spogliare la moglie del fallito dei suoi beni non appena le si franga tra mano uno dei due mezzi che le si concedono a tutelare i suoi diritti di proprietà (2).

Quanto alla qualità della *data* dell'atto che si ammette a provare la provenienza del danaro rinviamo il lettore alla prossima trattazione dell'articolo 784; ove il legislatore parla più a lungo di una tale condizione.

Avvertiamo, da ultimo, che la prova della provenienza del danaro apprestata mediante atto di data certa, si riferisce e al danaro dotale, pel quale l'atto autentico è il contratto di matrimonio; e al danaro proveniente da alienazioni di beni della moglie, pel quale l'atto sarà, oltrecchè quello che prova la antecedente proprietà della moglie, quello che prova l'avvenuta alienazione, debitamente stipulata (3).

—

(1) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 379, n. 437.

(2) La dottrina francese si mostra più larga in fatto d'ammession di prove della dottrina italiana.

(3) Cfr. DALLOZ, *Répert.*, voce *Faillite*, § 1087; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 284, § 1871.

Art. 782.

In tutti gli altri casi, e quand'anche tra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danaro di lui; perciò quei beni devono essere riuniti alla massa del fallimento, ma la moglie è ammessa a provare il contrario.

Sommario.

332. *Le ipotesi degli articoli* 780 *e* 781 *diventano casi eccezionali. — La disposizione dell'art.* 782. — *La comunione universale degli utili. — Presunzione dell'art.* 782.
333. *Effetto di questa presunzione. — Riunione dei beni alla massa del fallimento, secondo l'art.* 782. — *La moglie prova contro la presunzione. — Effetti di questa prova.*

332. *Le ipotesi degli articoli* 780 *e* 781 *diventano casi eccezionali. — La disposizione dell'articolo* 782. — *La comunione universale degli utili. — Presunzione dell'articolo* 782. — Il principio dell'art. 1054 del patrio Codice civile trova la sua conferma nel disposto dell'articolo 782 del Codice di commercio, per ciò che riguarda i beni immobili. La nullità delle donazioni tra coniugi, e il supposto che il marito possa passare i suoi beni in testa alla moglie, come hanno dato vita alle disposizioni tassative dei due articoli testè esaminati, così diventano la causa efficiente dell'art. 782. Risulta, quindi, dal raffronto di codeste formule di legge, che l'articolo che ora si esamina, attribuisce il carattere di eccezione a ciò che è regolato dai due articoli 780 e 781. Ma l'articolo 782 non si ferma soltanto ad attribuire codesto carattere eccezionale alle disposizioni degli articoli precedenti: che, anzi, da questi si diparte per regolare anche una materia che in essi neppur è accennata, e che dà maggior energia alla presunzione chiaramente ivi espressa dal legislatore. Se riguardo ai beni, dei quali era facilmente riconoscibile la origine particolare, il legislatore non seppe rifuggire dal proporre una presunzione opposta al diritto di proprietà della moglie su quelli, tanto più doveva estrinsecarsi energica questa tendenza sospettosa, quando si fosse tra i coniugi stabilito un fatto che potesse far luogo alla confusione del patrimonio del marito coi beni della moglie. Il principio del *Digesto*, che " *cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro ad eam pervenisse* „ (1), trovò una perfetta applicazione nell'articolo 782, specialmente riguardo al caso in cui i rapporti patrimoniali tra coniugi fossero retti dal sistema della comunione degli utili. Qui non cade di parlare dell'organizzazione che il legislatore italiano ha sancita, nel Codice civile, per la comunione universale degli utili, la unica comunione dei beni che si consenta ai coniugi. È piuttosto necessario osservare come la interpretazione che il legislatore commerciale dà alla pattuita comunione degli utili, si risolva ingiustamente in danno della moglie, e sia contraria in parte a quello che fu stabilito dal legislatore civile.

La presunzione stabilita nell'articolo 782 che, anche in caso di comunione universale

(1) Legge 51, ff. *De donationibus inter virum et uxorem.*

degli utili, i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito, e siano stati pagati con danari di costui, non può accordarsi con l'articolo 1436 del Codice civile, che stabilisce produrre tale comunione lo effetto " .....di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall'industria comune o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate dei coniugi, detratti, però, sempre, i debiti della stessa comunione ,. Poi ancora, la partecipazione agli utili della comunione, avviene sempre in parti uguali tra i comunisti salvo patti diversi (Codice civile, articolo 1440). Quindi, mal si comprende su quali basi si fondi la presunzione del legislatore, tanto più che molto probabilmente la crisi commerciale del marito darà occasione alla moglie d'agire in separazione dei beni (Codice civile, articolo 1418) e, quindi, alla cessazione della comunione (Codice civile, articolo 1441). Ora, data la separazione dei beni e la conseguente rottura della comunione degli utili, non si vede come potrebbe verificarsi la riunione dei beni acquistati, durante la comunione, della moglie, quando, ad essi rimanendo soltanto il carattere di beni parafernali o dotali od acquistati dalla moglie in uno dei modi contemplati dagli articoli 780 e 781, la moglie stessa potrà esercitare quel diritto di ritenzione dichiarato appunto da quegli articoli. Il disposto dell'articolo 782, riguardo alla comunione universale degli utili, non regge che nella ipotesi della non avvenuta rottura della comunione; ed è in simile ipotesi che troviamo la presunzione di proprietà nel marito ingiuriosa al diritto della moglie. Che i beni entrati nella comunione dopo la costituzione di essa in uno dei modi dalla legge civile consentiti, anche se acquistati unicamente dalla moglie vengano per la metà attribuiti al marito, nessuno potrebbe negarlo; questo è uno degli effetti della comunione dei beni e il diritto commerciale si rafforzerebbe su ciò con le precise disposizioni del diritto civile. Ma l'assorbimento totale dei beni a vantaggio del marito e dei costui creditori, non può trovar bastevole giustificazione in quella necessità di rigore verso la moglie per tutelare i diritti dei creditori, necessità gabellata dai dottrinari francesi e italiani ed illustrata dalla giurisprudenza, come inevitabile ed a mala pena sufficiente per evitare i frodolenti accordi dei coniugi, intesi a frustrare i diritti dei creditori (1). Ad ogni modo, la legge ha sancito questa presunzione, e di essa convien tener conto, perchè esclude direttamente la moglie dai beni sia della comunione, che pervenutile diversamente da quanto è indicato negli articoli 780 e 781, se non possa fornire le prove della proprietà sua su tali beni.

Codesta presunzione, secondo la giurisprudenza (2) è *juris tantum;* ammette, quindi, secondo il diritto italiano, prove in contrario, le quali non si concedono contro la presunzione legale: sicchè in ciò il legislatore commerciale italiano si è mostrato meno rigoroso del legislatore francese che, all'articolo 559 del Codice di commercio, chiama legale simile presunzione e, conseguentemente, non accetta prova contraria.

333. *Effetto di questa presunzione e riunione dei beni alla massa del fallimento, secondo l'articolo* 782. — *La moglie prova contro la presunzione.* — *Effetti di questa prova.* — Dato il principio fondamentale dell'articolo in esame, formulato nella presunzione di sopra illustrata, effetto principale di tal principio è quello di far ritenere come beni acquistati col danaro del marito, e, quindi, devoluti alla

(1) Sugli elementi necessari alla applicazione utile della presunzione di frode, per quanto non bene sviluppato l'argomento dal punto di vista pratico, vedere: *La revoca degli atti frodolenti*, ecc. C. Bazzo. - Bocca, 1891, Torino.

(2) App. Catania, 24 marzo 1876 (*Legge*, 1876, II).

massa dei creditori di lui, beni de' quali si tratta. È necessario notare che, mentre gli articoli 780 e 781, che pure hanno la identica origine dell'articolo 782, accordano alla moglie il diritto di ritenzione riguardo ai beni immobili che rivestano le qualità dalla legge commerciale richieste, l'articolo 782 non consente alla moglie alcun diritto di ritenzione, ma piuttosto la ammette, come vedremo più avanti, ad esercitare una rivendicazione, provando che quei beni sono di sua proprietà e non del marito. Parrebbe che l'articolo 782 non potesse far luogo ad altra interpretazione all'infuori di quella che naturalmente ne discende; all'interpretazione, cioè, che i beni, di cui ivi si tratta, rappresentino, realmente ed effettivamente, una parte del patrimonio attivo dei coniugi od almeno di uno fra essi. Invece la giurisprudenza ha data una interpretazione estensiva all'articolo 782, ammettendo ch'esso è applicabile quand'anche i beni immobili non siano ancora stati pagati, perchè " l'utilità d'un acquisto può essere di gran lunga maggiore del prezzo per cui gl'immobili furono acquistati; altro essendo il valore reale di una cosa in un dato tempo e sotto certe condizioni, ed altro il valore convenzionale ed il prezzo stabilito in un tempo e sotto condizioni diverse „ (1). Veramente queste argomentazioni della Corte d'appello di Venezia sembrano forzare un po' troppo la logica e riuscire a vuoto. Giacchè, qualunque sia l'utilità che al compratore derivi dall'acquisto di un immobile, il pagamento del quale fu stabilito in epoche diverse, non si può ommettere una considerazione di gran peso; quella, cioè, relativa al diritto del venditore pel prezzo non ancora pagato; diritto che, rafforzato come sarà da un'ipoteca valida sull'immobile stesso, ridurrà all'impotenza le velleità dei creditori del fallito.

La presunzione di cui parla l'articolo 782, che si applica a tutti gli altri casi d'acquisto d'immobili, è valevole anche nel caso in cui sia parzialmente applicabile l'articolo 781. Quando, ad esempio, la moglie non abbia fatto inserire nel contratto d'acquisto la provenienza del danaro, o la persona in cui nome vien fatto quell'acquisto, allora, diventando senz'altro applicabile l'art. 782, avviene che la moglie sarà ammessa a provare non più la proprietà sua mediante il documento d'acquisto, ma la non validità della presunzione che attribuisce l'immobile al marito.

La presunzione legale non assoluta che al legislatore impone l'articolo 782 ammette la prova in contrario. Ora di che qualità sara codesta prova?

La moglie, che vede parte dei suoi beni per deficienza di atti autentici, precipitare nel baratro aperto dalla crisi commerciale del marito, non può assistere impassibile ed indifferente a quanto di essi avviene. La legge le garantisce un intervento idoneo a salvare quei beni, ma non specifica la qualità dei mezzi di cui può ella valersi. Ed ecco gli autori, forti della dimenticanza del legislatore, sostenere, parte, che è di strettissima interpretazione, e che ammette un numero limitatissimo di prove, anzi che non si può ammettere che la prova scritta (2): parte, che appunto non essendo stati dal legislatore specificati i mezzi di prova, che si devono ammettere tutte le prove, che la legge consente (3). Noi concordiamo con questi ultimi; perchè il silenzio della legge circa la qualità delle prove, ammesse contro la presunzione dell'articolo 782, confrontato con l'abitudine consueta del legislatore di indicare, di fronte alle presunzioni di legge *juris tantum*, quali prove si ammettevano ogni volta che le prove si vollero limitate, indica precisa-

(1) Sentenza dell'Appello di Venezia, citata dal VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 539, § 4703, III.

(2) Questo sistema è sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese. — Cfr. RUBEN DE COUDER, op. cit., vol. IV, pag. 249, n. 927; e Autori ivi citati.

(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 540, § 4704; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 88.

mente che l'ipotesi dell'articolo 782 Codice di commercio, è uno di quei molti casi in cui il legislatore consente l'uso di tutti i sistemi ordinari di prova.

Della logica di codeste argomentazioni non sembra potersi dubitare, quando è unanime il consenso dei proceduristi sì italiani che stranieri (1).

Dunque, la moglie che vuol sottrarre ai creditori del marito i beni immobili che le appartengano e che non possano giovarsi delle disposizioni degli articoli 780 e 781, opporrà al curatore del fallimento, che rappresenta i creditori, il proprio diritto, provandolo sì per atto autentico, che con prova testimoniale (2), che con giuramento ecc. Anzi la moglie potrà giovarsi, a norma del carattere dell'acquisto da lei fatto, dei mezzi di prova ammessi dal Codice civile, o di quelli riconosciuti dal Codice di commercio (art. 44 e 55). Le quali prove avranno un'efficacia diversa a seconda che la moglie possieda tuttavia, i beni controversi o questi siano venuti in possesso della massa del fallimento. Nel primo caso la moglie eserciterà, respinta con le addotte prove la presunzione contraria ai suoi diritti, il diritto di ritenzione degli articoli 780 e 781; nel secondo caso rivendicherà gli immobili in confronto del creditore del fallimento. Se poi il curatore, non ostante la provata proprietà della moglie, si rifiutasse di restituire i beni che a lei sono dovuti, essa dovrà adire il tribunale civile, per provocare la condanna del curatore alla restituzione ed al risarcimento dei danni che per avventura quel rifiuto avesse creati (3). Qui si mostra una questione subordinata alla prima. Se, cioè, gli aventi causa della moglie possano esercitare quel diritto che alla moglie è concesso dall'articolo 782. Gli autori italiani non trattano simile ipotesi; nè ci avvenne di riscontrarla nei trattatisti francesi. Essa si risolve con sufficiente facilità, riportandosi a quanto stabilisce il Codice civile riguardo ai rapporti patrimoniali tra gli eredi del coniuge premorto e il coniuge superstite, specialmente negli articoli 1415, 1416, 1429, 1444 e 1445. Da ciò si ricava non potervi esser dubbio che i diritti della moglie sieno esercibili dai di lei eredi nei casi degli articoli 780 e seguenti.

Per ciò che concerne la questione della applicabilità dell'intero articolo 782 al caso in cui gli acquisti, di cui ivi si tratta, siano stati fatti dopo la dichiarazione del fallimento del marito, è a dirsi che mal si ponno applicare le norme degli articoli 780 a 782, perchè manca in esso assolutamente quel complesso di ragioni che indussero il legislatore commerciale a sancire questi articoli. Perchè, se si può avverare il caso che la moglie e il marito dichiarato in istato di fallimento, s'accordino per frodare i creditori con un passaggio di proprietà in nome della moglie, si potrà sempre impugnare l'atto come frodolento delle ragioni dei creditori col mezzo dell'azione pauliana (artic. 1235 Cod. civile); l'impugnativa è a carico del curatore come a di lui carico sono le prove dell'asserita frodolenza, contro la presumibile legittimità dello acquisto fatto dalla moglie (4).

---

(1) Cfr. MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIAE, vol. III, pag. 535, nota 7; AUBRY e RAU, 2ª ediz., vol. IV, pag. 331 e nota 6ª; BONNIER, n. 738; MARCADÉ, sull'art. 1352 Cod. civ. francese, n. 4; LAROMBIÈRE, sullo stesso articolo, n. 8; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XIX, n. 616; PACIFICI-MAZZONI, *Comm. Cod. proc.*, libro III, parte 2ª, n. 195; MATTIROLO, *Comm. Cod. proc.*, vol. III, pag. 287, nota 2ª.

(2) Cfr. VIDARI: quanto a questo sistema di prova, esigesi la massima severità (op. cit., vol. VIII pag. 540, § 4704).

(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 535, § 4701.

(4) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 541, § 4705; VENDITTI, op. cit., pag. 39 e seguenti.

Art. 783.

I beni mobili, sì dotali che parafernali, indicati nel contratto di matrimonio o pervenuti alla moglie in uno dei modi accennati nell'articolo 780, ritornano ad essa in natura, quando ne sia provata la identità con inventario o con altro atto che abbia data certa.

Se i beni della moglie furono alienati ed il loro prezzo fu convertito nell'acquisto di altri beni mobili od immobili, la moglie può esercitare su questi il diritto indicato nell'articolo 781, purchè la provenienza del danaro ed il nuovo impiego di esso constino da un atto che abbia data certa.

Tutti gli altri oggetti mobili posseduti sì dal marito che dalla moglie, anche nel caso di comunione degli utili, si presumono appartenenti al marito, salvo alla moglie la prova del contrario.

Sommario.

334. *Disposizione dell'articolo* 783, *pei beni mobili della moglie. — L'identità di questi beni provata con inventario od altro atto. — La* data certa: *secondo rinvio all'articolo* 784.

335. *Diritto di ritenzione accordato in favore della moglie quanto ai mobili. — Provenienza di codesti mobili. — Reimpiego del danaro. — Prove di codesto reimpiego. — Non avvenuto reimpiego. — Concomitanza della prova della provenienza del danaro e dell'avvenuto reimpiego. — Sufficienza della provata origine del danaro.*

336. *Presunzione di proprietà dei mobili in favore del marito. — L'articolo* 1401 *del Codice civile colpisce questi beni in qualunque ipotesi, quando non sieno interamente applicabili le disposizioni dei due primi comma dell'articolo in esame. — Ammessione della prova contraria in favore della moglie contro la presunzione legale* juris tantum.

334. *Disposizione dell'art.* 783 *pei beni mobili della moglie. — L'identità di questi beni provata con inventario od altro atto. — La* data certa: *secondo rinvio all'art.* 784. — Come il destino che sui beni immobili della moglie incombe per la legislazione commerciale del 1882, è fissato dagli articoli 780 a 782, così ai beni mobili provvede il solo articolo 783. In esso si compendiano, pei beni mobili le disposizioni dei tre antecedenti articoli riguardo i beni immobili.

La Commissione del 1869 modificò più apparentemente che sostanzialmente le disposizioni dell'articolo 674 dell'abolito Codice di commercio, relative ai beni mobili, dotali, parafernali o, per altro titolo, di proprietà della moglie. Anche il legislatore del 1865 poneva, a base delle sue formule di legge, la presunzione che tutti i beni mobili della moglie, anche quelli che furono assoggettati alla comunione universale degli utili, appartengano al marito e si devolvano, in caso di fallimento, ai costui creditori.

Ed era tanto possente e rapace, nel concetto del legislatore, il diritto dei creditori del fallito, che credette di specificare un caso in cui la rigidità del principio dovesse essere abbandonata. Così stabilì che era concesso al giudice delegato di autorizzare i sindaci del fallimento, su loro proposta o su istanza della moglie del fallito, a rimettere a costei le vesti e biancherie necessarie e convenienti al suo uso.

L'articolo 560 del Codice di commercio francese può far luogo ad un dubbio riguardo alla provenienza contrattuale dei beni a cui esso allude. La costituzione patrimoniale di questi beni acquista un carattere riflesso dalla moglie alla moglie, che mal si adatterebbe al caso in cui i beni avessero un carattere patrimoniale diverso. Dice l'artic. 560 che " la femme pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitué par contrat de mariage ..... „; quindi, siccome il Codice civile francese, al paro del Codice civile italiano, consente anche a terze persone la costituzione di dote a favore della sposa, così sembrerebbero esclusi dalla disposizione dell'articolo 560 del Codice di commercio francese, quei beni mobili che avessero la origine da noi conghietturata. Ma i commentatori dell'articolo 560 s'accordano nel non interpretare restrittivamente il disposto dello stesso articolo, relativo alla natura dei mobili appartenenti alla moglie; ed a tutti estendono il favore della legge, purchè ricorrano gli estremi da questa richiesti (1).

Valgono, per quanto ha tratto con la qualificazione di beni mobili, le norme dal diritto civile stabilite su questo. Quindi, godranno della disposizione dell'art. 783 Codice di comm., non solo i beni mobili per loro natura, ma anche quelli che tali sono per destinazione. E l'articolo 422 Codice civile, otterrà su questo punto una completa applicazione: in quanto che, trattandosi nella specialità del matrimonio, di molti oggetti mobili a cui non s'attaglierebbe giuridicamente codesta denominazione, come gioie, titoli di rendita, danaro ecc., se non in contrapposto ad altri oggetti, per natura o per destinazione, immobili, accadrebbe che l'articolo 783 non otterrebbe mai alcuna applicazione se non si considerassero i beni mobili, a cui ivi si allude, in contrapposto agli immobili a cui si riferivano gli articoli 780, 781 e 782. Sono anche compresi nella disposizione dell'articolo in esame i mobili che costituiscono il *mobilio* della casa (articolo 423 Codice civile); e la moglie è ammessa al beneficio dell'articolo 783 rispetto ad esso, quando concorrano in suo favore gli estremi che quell'articolo richiede. Il corredo nuziale, composto essenzialmente di cose mobili, gode interamente il vantaggio dello articolo in esame; e la prova della proprietà si riscontrerà nel contratto matrimoniale. Non crediamo che per il corredo e per i vari oggetti che lo compongano, sia indispensabile la prova per identità. Perchè, trattandosi di cose per la maggior parte fungibili, molto di spesso avverrà che più non esistano al momento in cui dovrebbe farsi valere per esse la disposizione dell'articolo 783, come pure può avvenire che la moglie abbia aumentato quel corredo, seguendo la passione tutta muliebre per gli oggetti di biancheria, che forma il vero tesoro privato di una buona moglie e di una buona madre di famiglia. Dunque, riguardo al corredo hassi a ritenere che la sua rivendicazione ha luogo più per riguardo al valore attribuitogli nell'inventario del contratto matrimoniale che per singolo oggetto, quando all'epoca in cui vien dichiarato il fallimento e diventa esercibile l'articolo 783, il corredo consti di un maggior numero d'oggetti che quelli nominati nello inventario; e più per riguardo al numero ed alla condizione di fungibile delle cose che lo compongono, se, quando è di-

(1) Cfr. RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 287 e seguenti.

chiarato il fallimento del marito, il corredo della moglie più non corrisponde a quello descritto nell'inventario. Riguardo alle cose fungibili, che si trovano sempre in gran numero fra gli oggetti mobili su cui potrebbe cadere il diritto di rivendicazione della moglie, non ci sembra accettabile, come criterio assoluto, quello espresso dal Vidari sulla guida del Borsari (1): che, cioè, se una cosa mobile fungibile venne in possesso del marito, la moglie, non potendola più ricevere in natura, acquisti il diritto di presentarsi come creditrice chirografaria pel valor della cosa. Il principio che in fatto di mobili il possesso vale il titolo; la difficoltà dello stimare il valore d'una cosa non più esistente; le eccezioni numerose che i creditori possono opporre alla moglie in un simile caso, rendono di esperimento assai difficile l'azione della moglie. Se teoricamente si può sostenere l'opinione dei due illustri trattatisti italiani, praticamente una ammessione della moglie, come creditrice chirografaria pel valore di oggetti fungibili, si mostra pressochè impossibile; e la giurisprudenza non crediamo possa mai piegarsi ad accogliere un principio così pericoloso come quello illustrato dagli autori citati.

L'articolo 783 provvede ai beni mobili distinguendosi in quelle stesse categorie che gli articoli 780 e 781 creano per gli immobili. Quindi troviamo, che i beni mobili costituiti in dote, i beni mobili parafernali, i beni mobili pervenuti alla moglie durante il matrimonio per donazione o eredità o in dipendenza di rapporti giuridici preesistenti al matrimonio, ritornano ad essa in natura, ricorrendo gli estremi dalla legge richiesti. Il legislatore del Codice di commercio con la locuzione " ritornano ad essa in natura „ ha inteso dire che ritornano allo stato in cui si trovano al momento in cui diventa efficace l'articolo 783. Questa espressa dichiarazione del legislatore è intesa a vietare alla moglie tutti quei risarcimenti che per avventura essa meditasse di richiedere per reintegrarsi, oltre che nella quantità e qualità dei mobili, anche nel loro valore stimato, ad esempio all'epoca della conclusione del contratto di matrimonio. La restituzione in natura ha, inoltre, per effetto di garantire alla moglie quegli oggetti nella stessa specie che quella consegnatale quando si stipulò il contratto nuziale.

Qui, però, troviamo un certo ostacolo nella espressione usata dal legislatore per stabilire un altro estremo onde garantire i creditori dalle frodi che dalla moglie potrebbero essere perpetrate a loro danno. La identità degli oggetti mobili, constatata mediante inventario od altro atto che abbia data certa, può offrirsi ad una interpretazione così esageratamente restrittiva, da rendere impossibile alla moglie l'esercizio del diritto di ritenzione per rispetto ai beni mobili. Se la identità che il legislatore richiede deve rispondere al significato preciso della voce usata, non solo l'esame dell'oggetto che vien necessariamente verificato, deve portare a riconoscere nelle linee generali dell'oggetto dalla moglie reclamato come proprio, quell'oggetto che è descritto in quelle stesse linee generali nell'inventario o in altro atto di data certa; ma la corrispondenza per identità deve riscontrarsi e stabilirsi meticolosamente anche nei più minuti particolari, tanto da non ammettere alcun dubbio che l'oggetto sia proprio quello che si indica nel documento richiesto dal legislatore. Però questo rigore nell'identificazione dei vari oggetti, dev'essere inteso in un senso meno arcigno. Cioè, basterà che l'oggetto corrisponda nelle linee generali, perchè l'identificazione si debba ritenere per avvenuta ed attendibile.

L'identificazione per mezzo di inventario, si farà di quei beni pei quali è stato steso un inventario; quindi beni dotali e parafernali: mentre tutti quei beni che alla moglie

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 512, § 4606; BORSARI, op. cit., vol. II, § 1920.

pervennero durante il matrimonio e dopo la celebrazione di esso, saranno identificati mediante atto di data certa (1). Il Vidari (2) propone un quesito risguardante il passaggio, nella sostanza della moglie, di beni mobili, designati nell'inventario o nell'atto pubblico, ma non più esistenti al momento in cui ella s'appresta a valersi del diritto accordatole nell'art. 783: e l'illustre commercialista fa una distinzione tra il caso in cui i beni mobili sieno passati in proprietà di terze persone, che per fatto del marito ne ebbero il possesso in buona fede, dal caso in cui un simile possesso non fosse di buona fede. La soluzione che il Vidari, accordandosi col Borsari (3), dà al quesito è soddisfacente ed accettabile.

Nel primo caso, la moglie dovrà rivolgersi al marito, e, quindi, al curatore del fallimento, per essere accolta nella massa come creditrice chirografaria pel valore degli oggetti non più rivendicabili in natura. Nel secondo caso, non essendosi acquistata ai terzi in causa della mala fede la proprietà degli oggetti che detengono, la moglie potrà in loro confronto rivendicarli, come lo potrà nel caso in cui sia il curatore che li detenga per la massa del fallimento.

Il legislatore commerciale non richiede, oltre la identificazione, alcun altro estremo per la applicabilità del primo comma dell'articolo 783. Però, riguardo all'atto che può equivalere all'inventario, impone la formalità della *data certa;* sul che ci dilungheremo in uno dei paragrafi successivi, illustrando l'articolo 784.

335. *Diritto di ritenzione accordato in favore della moglie quanto ai mobili. — Provenienza di codesti mobili. — Reimpiego del danaro. — Prove di codesto reimpiego. — Non avvenuto reimpiego. — Concomitanza della prova della provenienza del danaro e dell'avvenuto reimpiego. — Sufficienza della provata origine del danaro. —* Mentre il primo comma dell'articolo in esame sancisce il diritto della moglie di reclamare e di riprendere in natura una determinata categoria di beni mobili, nel secondo comma dello stesso articolo il legislatore autorizza la moglie a valersi, riguardo ad un'altra categoria di mobili, del diritto assicuratole nell'articolo 781, del diritto, cioè, di ritenzione. Quello che a proposito di un tal diritto si disse, commentando l'articolo sopra indicato, ci dispensa da inutili ripetizioni.

Per rendere suscettibile d'applicazione l'articolo in esame, occorre, anzitutto, che i beni della moglie siano stati alienati; poi, che il loro prezzo sia stato convertito nello acquisto di altri beni mobili od immobili; poi, che un documento di data certa provi tanto la provenienza del danaro che il suo reimpiego.

I beni della moglie cui si rivolge il secondo comma dell'articolo 783, sono quelli che costituiscono tanto la dote, quanto il patrimonio parafernale, quanto il patrimonio pervenuto a lei per alcuno di quei modi contemplati nell'articolo 781. Il legislatore dice che il danaro, ricavato dalla vendita di tali mobili dev'essere reimpiegato nell'acquisto d'altri mobili o di immobili: ed esige, per la esercibilità del diritto di ritenzione, che la provenienza del danaro consti, non meno che il nuovo impiego, da un atto di data certa. Qui si domanda: e se la provenienza del danaro non può essere constatata mediante atto di data certa, quali effetti ne sortiranno in danno della moglie? Diverrà senz'altro effettiva la presunzione legale dichiarata nell'articolo stesso all'ultimo comma? Si noti che a tutto rigore, dovendosi considerare come costituenti la prova in contrario concessa alla moglie, i due estremi richiesti dal legisla-

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 543, § 4708, 1.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 544, § 4709.

(3) Op. cit., vol. II, § 1919.

tore nel secondo comma dell'articolo 783, per l'esercizio del diritto di ritenzione, non si potrebbe dubitare che, in assenza di uno di essi, abbia efficacia la presunzione. Ma, d'altro canto, non bisogna dimenticare che ben di rado occorre che la vendita di oggetti mobili si faccia per atto pubblico; di solito l'alienante ne trasferisce la proprietà nel compratore con una semplice consegna *brevi manu* rilasciandogli una *ricevuta* pel prezzo convenuto dell'oggetto. Se, quindi, una tal ricevuta non potesse considerarsi come atto pubblico e la sua data come data certa, che nel caso in cui l'alienante avesse fatto intorno a questa ricevuta atti dalla legge ritenuti necessari e sufficienti per dare carattere di atto pubblico o privato di certa data, accadrebbe assai di frequente che non potrebbe provarsi la provenienza del danaro; senza contare che la ricevuta del danaro giace nelle mani di chi acquistò l'oggetto.

La prova del reimpiego risulterà ugualmente difficile e spessissimo impossibile; quasi si potrebbe dire che tale prova non si avrà se non nel caso in cui, col danaro ricavato dalla vendita di un mobile, la moglie abbia acquistato un immobile. Si permetta un esempio. La moglie aliena parte delle gioie datele al tempo della celebrazione del suo matrimonio e col danaro ricavato acquista una carrozza di valore. Fallisce il di lei marito; ed ella si trova nella necessità di rivendicare la carrozza che è di sua proprietà perchè non la trasferì mai in altri, e perchè, non facendo parte del *mobilio* di casa (articolo 423 Codice civile), non può presumersi del marito. Ella non potrà presentare al curatore del fallimento, per legittimare la rifiutata consegna della carrozza, nè un documento che provi la vendita delle gioie, nè un documento che provi che col danaro ricavato dalla vendita di quelle acquistò la carrozza. Al più potrà presentare l'inventario per provare che quelle gioie da cui ella asserisce provenire il danaro impiegato nella compra della carrozza esistevano veramente in sua proprietà come parte dei suoi beni mobili; e poi presenterà la ricevuta del fabbricante per il prezzo, pagato, della carrozza. Codesti due documenti debbono ritenersi sufficienti per quanto dispone l'articolo 783 secondo comma? Noi non lo crediamo. Il legislatore richiede espressamente un tale sistema di prove: queste mancando resta inapplicabile il beneficio di quel comma.

Notisi, dippiù, che gli autori (1), pur non trattando la teoria aderente alla ipotesi da noi formulata, non ristanno dal sostenere che la moglie, anche in fatto d'acquisto di mobili deve acquistarli per sè e in proprio nome; e se il marito acquistò quei beni per conto della moglie, questa non può più esercitare il diritto di ritenzione ma deve "..... accontentarsi di concorrere sulla massa del fallimento come un semplice creditore chirografario „ (2). A tanto rigore, diretto ad una tutela esagerata dell'interesse dei creditori, e proveniente da un'incredibile esagerazione della presunzione Muciana di frode, noi opponiamo, data la ipotesi nostra, che la moglie potrà sempre valersi della disposizione dell'articolo 783 nel suo ultimo comma; provando, quindi, con quel qualunque genere ordinario di prova, la verità di quanto asserisce riguardo a quel determinato mobile; e non sarà costretta ad accontentarsi di concorrere come creditrice chirografaria; ma, respinta la presunzione favorevole al marito, riterrà ugualmente quei beni mobili, anche non avendo con atto di data certa provata la provenienza e il reimpiego del danaro.

Può darsi che la moglie, alienato un mobile di sua proprietà, non abbia reimpiegato

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 383 e segg, n. 442 e segg.; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 546, § 4710; RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 304; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 287, § 1873 BÉDARRIDE, op. cit., vol. III, pag. 112. § 1026.

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 546, § 4710.

il danaro ricavato dalla vendita nell'acquisto d'altri beni sia mobili che immobili. Potrà, allora, la moglie agire per ritenere la somma valendosi dell'art. 783? In tutta la sezione che tratta dei diritti della moglie non si parla mai del danaro appartenente alla moglie; e già altra volta, accennando nel commento dell'articolo 782 la identica questione, dovemmo ricorrere a quanto stabilisce il Codice civile circa la specie dei beni, e il contratto matrimoniale.

L'articolo 422 esclude dalla qualificazione di *mobile* il danaro metallico o i suoi rappresentativi; però nel solo caso in cui esso non sia considerato in contrapposto di oggetti immobili. Ma qui, se trattiamo del danaro in occasione dell'articolo 783, la contrapposizione tecnica e giuridica dei mobili agli immobili l'abbiamo inevitabile. Giacchè, mentre gli articoli 780, 781, 782 regolano i diritti della moglie sugli immobili, codesto art. 783 si riferisce unicamente a beni mobili. L'art. 1406 del Codice civile considera dotale il danaro proveniente dalla vendita di beni dotali. Epperò noi avremo, coordinando i due articoli 422 e 1406 del Cod. civ. con l'art. 783 Cod. di comm., un mobile dotale, cui si potrebbe attribuire il beneficio del primo comma dell'articolo in esame. Se non che qui si presenta ben difficile la prova che codesto primo comma richiede per la sua applicazione. La moglie non potrà provare con l'inventario la identità dell'oggetto dalla cui vendita proviene il danaro controverso, perchè l'oggetto non esiste più; nè potrà provare la quantità del danaro perchè il danaro di cui si tratta non può trovarsi numerato nell'inventario: un altro atto con data certa, se si tratta di alienazione di un mobile, si vide più sopra come è difficile possa esistere; quindi, non potrà fruire di quella disposizione relativa ai mobili dotali.

La lettera, più che lo spirito del secondo alinea dell'articolo in esame, le vietano di valersi della disposizione in esso contenuta. Ed allora qual sorte correrà la moglie? Qui sembra proprio il caso di concludere che essa dovrà " ..... accontentarsi di concorrere sulla massa del fallimento come un semplice creditore chirografario „ (1). Se non che sono a farsi altre considerazioni. È evidente che il legislatore commerciale richiede, nell'articolo 783 secondo alinea, la concomitanza, la contemporaneità della prova, relativa alla provenienza del danaro e di quella relativa al reimpiego di esso. Quindi, non essendo avvenuto il reimpiego, la sola prova della provenienza non è ammissibile. Ciò a stretto rigore di legge. Però, noi crediamo che, se la moglie può provare che la origine del danaro, da essa reclamato, è quella contemplata dal legislatore nel secondo comma dell'art. 783 e nella sostanza di fallimento del marito esista danaro, il diritto della moglie a riprendere la somma corrispondente al prezzo ricavato dalla vendita, diventi inoppugnabile. Invece, se danaro non esiste, non essendo applicabile in verun modo un disposto qualsiasi di questa sezione, relativa ai diritti della moglie, costei niun altro diritto avrà all'infuori di quello di farsi accogliere come creditrice chirografaria del marito.

336. *Presunzione di proprietà dei mobili in favore del marito. — L'articolo* 1401 *del Codice civile colpisce questi beni in qualunque ipotesi; quando non sieno interamente applicabili le disposizioni dei due primi comma dell'articolo in esame. — Ammessione della prova contraria in favore della moglie contro la presunzione legale* juris tantum. — A compimento delle disposizioni raccolte nei due primi comma dello articolo 783, il legislatore aggiunge la disposizione dell'ultimo alinea, che consacra nuovamente la presunzione di frodolenza a danno dei creditori, opponendovi, come rimedio, la presunzione legale di pro-

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 546, § 4710.

prietà del marito. E trattandosi di mobili pei quali, nel caso di fallimento, può essere pericolosa l'applicazione della massima che in fatto di mobili il possesso di buona fede dà il titolo di proprietà, il legislatore dichiara espressamente che in qualsiasi caso, non escluso quello della comunione degli utili, i beni mobili, sia posseduti dalla moglie che posseduti dal marito, si presumono di proprietà di quest'ultimo. Qui è necessario un richiamo ad un articolo del Codice civile, che è direttamente legato con questa disposizione dell'art. 783 del Codice di commercio. Il legislatore del Cod. civile ha scritto che, se la dote o parte di essa consiste in cose mobili, stimate nel contratto di matrimonio senza la dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita, il marito ne diviene proprietario, e non è debitore che del prezzo loro attribuito. Ora, come si coordina questa disposizione della legge civile, che non è certo derogata dalla legge commerciale, con quanto dispone l'intero art. 783? Come si conciliano le disposizioni che fanno il marito proprietario dei mobili dotali stimati nel contratto di matrimonio e non sottratti alla vendita, e quelle che, invece, assicurano alla moglie la ripresa in natura dei mobili dotali? Non può esservi dubbio che il disposto dell'articolo 783 del Codice di commercio sarà applicabile allora solo quando nel contrato matrimoniale si stabilì che la stima dei beni mobili dotali non ne produce la vendita. Che se, invece, il marito, per mancato espresso divieto di vendita, abbia alienato legittimamente parte o tutti i mobili dotali, l'articolo 783 del Codice di commercio non potrà più essere applicabile. Il marito è soltanto debitore alla moglie del prezzo ai mobili dotali attribuito nel contratto di matrimonio; e la moglie, dal canto suo, sarà soltanto in diritto d'iscriversi come creditrice del marito sulla massa del fallimento (1).

Dunque, se il marito non è proprietario dei beni mobili dotali della moglie per disposto della legge civile, di fronte ad essi, come di fronte a tutti gli altri mobili della moglie che non siano dotali, può tuttavia esser ritenuto proprietario. Ciò nel caso in cui la moglie non possa o non voglia, nel fallimento del marito, valersi contro ai di lui creditori delle disposizioni, a lei favorevoli, dei primi due alinea dell'articolo 783 del Codice di commercio. Abbiam detto " *la moglie non voglia esercitare certi suoi diritti contro i debitori del marito* ". Perchè l'esercizio di tutti i diritti, alla moglie garantiti dal legislatore commerciale, è soltanto dipendente dalla libera volontà della moglie; nè può essere da altri tentato salvo, forse, il caso in cui l'assorbimento della intera sostanza della moglie, per determinazione affettuosa della di lei volontà, non si tramuti in una lesione al diritto di chi può esercitare contro di essa il diritto degli alimenti (Codice civile, articolo 142 e seg.). A costoro può competere un'azione per ottenere la inabilitazione della moglie come prodiga (articolo 326 e 339 Codice civile), quando però la dimostrazione sensibile dell'affetto della moglie pel marito, colpito dalla crisi commerciale, si possa tacciare di prodigalità.

Anche la comunione universale degli utili rafforza, secondo il legislatore commerciale del 1882, la presunzione che tutti i beni mobili della moglie appartengano al marito. Qui però è necessaria una osservazione. L'articolo 1437 del Codice civile, impone, ai coniugi che intendano vivere patrimonialmente secondo la comunione universale degli utili, di redigere un inventario dei beni che sottopongono alla comunione. Lo scopo primo di questo inventario è quello di rendere possibile, nel caso della cessazione della comunione, la separazione dei beni. Ora, dovendo essere fatto l'inventario, l'applicabilità dell'articolo 783, ultimo comma, del Codice di commercio, si deve

(1) Vedi su ciò " La liquidazione del passivo nella procedura di fallimento " N. DE FEO. Roma, 1891.

concepire limitata ai soli beni acquistati dai coniugi, sia collettivamente che individualmente, cogli eventuali risparmi fatti sui guadagni della comunione, divisi *pro quota* tra di loro. Perchè, ai beni mobili inventariati si applica, in favor della moglie, il disposto dello stesso articolo nel suo primo alinea.

Ancora è da osservare che ai coniugi è imposta la inventariazione dei beni che venissero loro a devolversi, per qualsiasi titolo, durante la comunione. Sicchè si riduce l'applicabilità della disposizione dell'ultimo alinea dell'articolo 783 al solo caso, riguardo alla comunione, in cui la moglie, devoluti alla comunione altri mobili questa durante, ne abbia trascurata la inventariazione che ne la assicura della proprietà. Allora la presunzione dell'art. 783, ultimo comma, recide il diritto della moglie, rappresentato dal semplice possesso dei beni e li guadagna alla massa dei creditori sotto titolo di proprietà del marito. Ultimo rimedio alla moglie concesso è la prova contro la presunzione di proprietà; e dacchè il legislatore non ha fissato limite alla qualità nè alla specie delle prove da assumersi contro la presunzione *juris tantum*, è da ritenersi, senz'altro, che la moglie proporrà tutte quelle prove che la legge consente. Sull'influenza che la presunzione *juris tantum* dell'art. 783, ultimo comma, esercita per riguardo alla ritenzione, da parte della moglie, delle vesti, biancherie, ecc., in confronto della presunzione *juris et de jure* dell'articolo 674 dell'abolito Codice di commercio, che aveva reso necessaria la espressa dichiarazione del legislatore per la concessione di quei mobili, è da osservare che il legislatore dell'attual Codice non ha ritenuto più utile quella dichiarazione: perchè la moglie potrà far valere, anche in proposito di quegli oggetti e contro la presunzione favorevole al marito, la prova in contrario: e, nella peggiore delle ipotesi, ricorrerà alla disposizione dell'articolo 735 che sottrae al sigillo le vesti, le biancherie e il mobilio di casa (1); e, stringendo il bisogno, a quanto dispone l'articolo 752. Rimarrebbe ancora una questione riguardante i mobili, di solito gioie donate dal marito alla moglie a causa di nozze, o, celebrato e durante il matrimonio, per qualsiasi altra occasione. Qui la prova della appartenenza alla moglie, non potrebbe essere data attendibilmente che dal marito donante, quindi dalla stessa persona, delle cui asserzioni mal si possono fidare i creditori. Ed allora come potrà regolarsi la bisogna? Per vero, il legislatore commerciale, escludendo il fallito dalla amministrazione del patrimonio venuto in possesso dei suoi creditori, non lo ha assolutamente allontanato da qualsiasi ingerenza nella gestione patrimoniale della fallita. Sappiamo che il fallito può fare spontaneamente alcuni atti relativi a siffatta gestione, e può essere chiamato, non solo a dare intorno alla sua antica azienda commerciale, tutti quegli schiarimenti che l'amministrazione della fallita può ritenere necessari; ma può, anzi, essere direttamente, e con retribuzione congrua, impiegato nella stessa azienda.

Date queste eccezioni al principio della esclusione del fallito dalla amministrazione del patrimonio di fallimento, non si saprebbe addurre una ragione logica ed inoppugnabile per non ammetterlo a testimoniare in favor della moglie, quando questa si trovasse nella necessità di reclamare gli oggetti donatile dal marito, non in frode dei creditori, e pei quali, all'infuori della testimonianza del marito, non le fosse possibile raccogliere altro genere di prova.

Ciò, a parer nostro, non può impugnarsi colla lettera e lo spirito di qualsiasi disposizione analoga del Codice di commercio o del Codice civile.

—

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 548, § 4712; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 384, n. 413.

Art. 784.

La data certa di un atto, richiesta negli articoli 781 e 783, dev'essere stabilita nei modi determinati dal Codice civile, ma la prova dell'acquisto, del possesso e dell'alienazione di titoli di credito e di azioni di Società commerciali può farsi anche coi registri dei pubblici stabilimenti o delle società per azioni.

Sommario.

337. *La* data certa *degli atti secondo l'articolo* 1327 *del Codice civile. — La esclusione delle prove stabilite dal Codice di commercio agli articoli* 44 *e* 55.
338. *Eccezioni riguardanti alcune specie di beni. — Enumerazione tassativa od enumerazione dimostrativa? — La prova dell'acquisto non è la prova della origine del danaro in esso impiegato. — Vacuità della prova dell'acquisto non colludente con la prova della provenienza del danaro. — Applicazione agli articoli* 781 *e* 783. *— Applicazione all'articolo* 782.

337. *La* data certa *degli atti secondo l'articolo* 1327 *del Codice civile. — Esclusione delle prove stabilite dal Codice di commercio, agli articoli* 44 *e* 45. — Dallo smembramento dell'art. 674 dell'abolito Codice di commercio, il legislatore del 1882 ricavò l'articolo che prendiamo ora ad esaminare, e che era sostanzialmente contenuto nel succitato articolo del cessato Codice (1). In codesta disposizione della legge commerciale è stabilito il modo, con cui deve essere accertata la data del documento ammesso a provare, nei casi degli articoli 781 e 783, la provenienza o l'impiego del danaro della moglie. Il Codice civile, al quale si riferisce il legislatore del Codice di commercio, stabilisce, nell'articolo 1327, che la data delle scritture private non è certa e computabile riguardo ai terzi, che dal giorno in cui esse sono state trascritte o depositate nell'uffizio del registro; dal giorno in cui è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere colui, o uno di coloro, che le ha sottoscritte; o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture è comprovata da atti stessi, da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario, o quando la data risulta da altre prove equipollenti. Ora si vede, che codesto articolo, al quale si riporta il legislatore commerciale nell'articolo 784, occupa, a sua volta, un campo assai esteso nel quale riscontransi modi molto diversi per costituire la *data certa*. Senza contare i modi espressamente indicati nell'art. 1327 del Codice civile, vediamo che esso si riferisce a prove equipollenti a quelle enumerate nel suo contesto. Quali saranno codeste prove equipollenti? L'articolo 1344 del Codice civile, che non ammette la prova testimoniale sopra domanda di somma anche minore delle lire cinquecento — somma per cui l'articolo 1341 accorda la prova testimoniale —, quando tale somma faccia parte di un credito maggiore o ne sia il residuo, se il credito stesso non è provato per iscritto, si innesta sulla dichiarazione dell'art. 1327 risguardante le prove equipollenti. Allora ne viene, ad es., che la data certa del credito di 500 lire domandato

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 15 marzo 1872 - Verbale 839.

dalla moglie nei casi degli articoli 781 e 783 del Codice di commercio, come residuo di un credito maggiore provato per iscritto, potrà essere, in certo modo, riconosciuta per prova testimoniale e la richiesta di un documento, fatta dagli articoli del Codice di commercio, rimarrà quasi delusa. Ma la giurisprudenza ha esteso ancor più questo criterio: perchè una sentenza della Cassazione di Napoli, dopo aver stabilito che la moglie, fuori dei casi specificatamente stabiliti nell'articolo 781 del Codice di commercio, per escludere la presunzione di proprietà del marito, non è tenuta a produrre nè l'inventario nè alcun atto di data certa, dichiarò espressamente che essa " ..... può essere ammessa a valersi della prova testimoniale, quando questa sia ammessibile, come lo è, quando, seguendo le norme dell'art. 1348 del Codice civile, sia impossibile procurarsi una prova scritta „ (1). Niuno potrà dissimularsi la gravità del principio così stabilito dalla Cassazione napoletana. Esso adottato, si sovverte dalle fondamenta l'edificio delle presunzioni favorevoli ai creditori del marito; e le tassative disposizioni degli articoli 781 e 783 del Codice di commercio perdono ogni valore: mentre divengono prevalenti le due ipotesi eccezionali degli articoli 782 e 783, ultimo comma. Noi, però, non dissentiamo dalla Corte suprema di Napoli: perchè, adottato un criterio d'applicazione *strictissimo jure* delle disposizioni degli articoli 781 e 783, la moglie sarebbe esposta ad una vera spogliazione violenta ogni volta che avesse negletto, di fronte al marito, di valersi di tutte quelle cautele formali che la legge prescrive per la validità degli atti.

Vi ha poi un'altra questione ancora, relativa alla data degli atti; essa prende origine dall'espressione tassativa usata dal legislatore commerciale nell'articolo 784, stabiliendo per l'accertamento della data degli atti, i modi determinati dal Codice civile. Nè si può considerare come facoltativa la scelta dei mezzi per lo accertamento della data; perchè il legislatore commerciale dice che essa *dev'essere stabilita* nei modi determinati dal Codice civile. È quindi inoppugnabile il criterio tassativo, esclusivista del legislatore: tanto più che nello stesso articolo stabilì poi espressamente la eccezione che riguarda i titoli di credito e le azioni di società commerciali. Ma allora considera forse il legislatore commerciale che tutti i rapporti patrimoniali, che si creano tra i coniugi, e che possono eventualmente condurre la moglie nella contingenza di valersi del diritto di ritenzione su mobili e su immobili dotali o non dotali, sieno mai sempre di carattere civile, quando il marito, contro cui la moglie insorge patrimonialmente, è un commerciante? Non può esservi dubbio su ciò. Perchè, l'applicazione degli articoli 44 e 55 del Codice di commercio, risguardanti la data certa di atti dipendenti da obbligazioni commerciali, richiede la commercialità dell'atto come elemento necessario per l'ammessione delle prove commerciali: nè tali prove possono mai profittare ad obbligazioni civili. Le obbligazioni che il legislatore del Codice di commercio, agli articoli 781 e 783, suppone incontrate dalla moglie non commerciante, riguardo ai proprii beni, sono sempre obbligazioni di carattere civile; e la sua lotta contro il curatore per sottrarsi alla perdita dei proprii beni in favore dei creditori del marito, non può, pel nuovo contatto, assumere, neppur lontanamente, carattere commerciale. Tuttavia, nel caso in cui anche la moglie fosse commerciante, nei suoi rapporti patrimoniali col marito, dopo che costui fu dichiarato in

(1) Cassazione di Napoli, 7 gennaio 1885 (*Legge*, 1885, I, pag. 618). — Già, vigendo il Codice di commercio del 1865, la giurisprudenza si era mostrata favorevole a simile criterio per riguardo all'art. 673. Vedi Appello di Genova, 16 luglio 1880 (*Eco di Giurispr. comm.*, V, 40); Appello di Trani, 10 luglio 1886 (*Riv. di Trani*, III, VI, 46); Appello di Catania, 24 marzo 1878.

istato di fallimento, agendo per interessi toccati negli articoli 781 e 783 del Codice commerciale, non pare dubbio che gli atti prodotti dalla moglie a sostegno del proprio diritto, possano valersi, se siano obbligazioni commerciali, del disposto degli articoli 44 e 55 del Codice di commercio, in luogo dell'adozione dell'articolo 1327 Codice civile, od anche in coordinazione con esso.

338. *Eccezioni risguardanti alcune specie di beni. — Enumerazione tassativa od enumerazione dimostrativa? — La prova dell'acquisto non è la prova della origine del danaro in esso impiegato. — Vacuità della prova dell'acquisto non colludente con la prova della provenienza del danaro. — Applicazione agli articoli* 781 e 783. — *Applicazione all'articolo* 782. — Anche la eccezione stabilita nell'ultima parte dell'articolo 784, non è a considerarsi come una innovazione introdotta nella procedura del fallimento dal legislatore del 1882 (1). Essa si riscontra precisa nell'articolo 674 del cessato Codice; la sola differenza è che mentre il legislatore del 1865 considerava solamente i titoli di credito, l'attuale parla anche delle azioni delle società. Però, la voce *titoli di credito* usata dal Codice abolito comprendeva anche le azioni delle società commerciali; perchè ammettevasi la prova dell'acquisto dei titoli di credito, mediante le registrazioni delle società anonime e delle società in accomandita per azioni; evidentemente in questo caso i titoli di credito erano le azioni della società commerciale.

La voce *titoli di credito* usata nello articolo 784 è a considerarsi nel suo più ampio significato, quindi, comprende tutto ciò che nelle transazioni e nella vita commerciale riceve simile denominazione. Se non che il mezzo di prova che è attribuito a questi titoli di credito, il mezzo, cioè, di provarne l'alienazione, l'acquisto, il possesso, mediante la ispezione dei registri dei pubblici stabilimenti, ne limita il numero e lo riduce a quei pochi che, per la loro natura o qualità, vengono registrati. Quindi, la breve enumerazione che il legislatore commerciale ha fatto all'art. 784 dei beni mobili della moglie pei quali si consente un particolar sistema di prove, se a tutta prima, per la locuzione "*titoli di credito*, sembrava assumere un carattere estensivo, dimostrativo; l'aggiunta della condizione che si richiede dal legislatore, la iscrizione sui registri dei pubblici stabilimenti, nè limita di fatto la quantità; e riduce tassativa la enumerazione del legislatore. E, quanto alla moglie, nessun titolo di credito che le appartenga potrà valersi della eccezione dell'articolo 784, se non vi sia la iscrizione sui registri di un pubblico stabilimento. Quanto alle azioni l'esercibilità della eccezione in loro vantaggio stabilita si riscontrerà sempre: perchè tutte le operazioni fatte dalle società commerciali dovendo essere registrate nei libri delle società stesse, si riuscirà sempre a provare chi le acquistò, chi le alienò, chi le possiede, a favore di chi furono alienate.

Ma, quello che è notevolissimo nella disposizione dell'articolo 784, ultima parte, è la rinuncia, inavvertitamente fatta dal legislatore, ad una delle condizioni espressamente richieste nella applicabilità degli articoli 781 e 783. Diffatti, l'articolo 784 fa ritenere sufficiente la prova del solo acquisto dei titoli di credito o delle azioni di società commerciali, purchè l'acquisto sia provato dalle registrazioni suddette. Però, questa innovazione portata dall'articolo 784, recide le cautele che il legislatore aveva imposto col richiedere anche la prova della origine del danaro. Può darsi che il marito, pericolante nella sua azienda commerciale, compri con proprio danaro, in testa della moglie, azioni o titoli di credito, sottraendo,

(1) Il Codice di commercio francese non contiene alcuna disposizione analoga a questa.

così, parte dei suoi beni ai creditori. Ora bastando a provare il diritto di proprietà della moglie la iscrizione sui registri dei pubblici stabilimenti o delle società commerciali, che l'acquisto fu fatto da lei, è troppo evidente la facilità della frode con tanta cura reietta dagli articoli 781 e 783; e così ingenuamente facilitata colla disposizione dell'articolo in esame. Nè si obbietti che il legislatore, stabiliendo il modo di giustificare l'acquisto dei titoli di credito e delle azioni commerciali, non ha abrogato le disposizioni degli articoli 781 e 783 risguardanti la provenienza del danaro; che, cioè, se di fronte alla necessità di provare l'impiego del danaro stà la prova dello acquisto dei titoli di credito e delle azioni di società commerciali; di fronte alla origine del danaro, così impiegato, sta sempre il disposto degli articoli 781 e 783. Ciò non è sostenibile, dato il carattere di eccezione che è proprio all'art. 784: il quale stabilisce, prima, in che modo deve provarsi la data certa degli atti che, secondo gli articoli 781 e 783, servono a provare la provenienza e l'impiego del danaro; poi, facendo un'eccezione a quanto aveva appena stabilito, sancisce ciò che si legge nella sua ultima parte. Dunque rimangono così provate la vacuità e la inefficacia della prova dell'acquisto, non accompagnata, come elemento necessario, dalla prova della origine del danaro.

Suppongasi ora che la moglie, anteriormente al fallimento del marito, abbia venduto immobili a lei appartenenti, e ne abbia impiegato il prezzo in acquisto di azioni commerciali.

Dichiarato il fallimento essa, forte della disposizione dell'articolo 784, reclama la proprietà di quelle azioni, proponendo in prova di ciò l'ispezione dei registri della Società commerciale da cui acquistò le azioni: ed allegando anche, *ad abundantiam*, che quel danaro ha origine dalla vendita dei suoi beni. Si domanda: potranno i creditori pretendere dalla moglie l'atto di certa data da cui risulti efficacemente la vantata provenienza del danaro? Secondo lo spirito a cui si informano gli articoli 780 a 784 del Codice di commercio, converrebbe concludere che la moglie che ha venduto gli immobili, deve provare d'averli venduti realmente, non solo, ma anche di aver ritirato il prezzo pattuito o parte di esso e che fu veramente quello il danaro impiegato nell'acquisto delle reclamate azioni commerciali. Invece, stando alla lettera dell'articolo 784 basterebbe che fosse provato l'acquisto delle azioni, perchè fosse, senz'altro, assicurata alla moglie la loro restituzione. Tuttavia crediamo che in questo caso di asserzione, non richiesta, della moglie, riguardo alla provenienza del danaro, i creditori possano pretendere la ostensione del documento che comprovi la vendita avvenuta e il pagamento del prezzo o di parte del prezzo convenuto. Lo stesso è a dirsi riguardo alle alienazioni di mobili appartenenti alla moglie. L'articolo 784 dice pure che la registrazione sui registri dei pubblici stabilimenti o delle società commerciali, serve, quanto ai titoli di credito ed alle azioni commerciali, a provarne la alienazione e il possesso. Quindi, la moglie potrà sempre invocare questo mezzo di prova quando, nei casi degli articoli 781, 782 e 783, possa essere richiesta la prova della provenienza del danaro, o possa esserle contestato il possesso di quei beni. Allora, se i registri delle società commerciali o dei pubblici stabilimenti di credito dànno la prova che la moglie ricavò del danaro dalla vendita di determinate azioni e titoli di credito; non possono, tuttavia, provare la quantità (1) di quel danaro nè

(1) Questo è evidente; perchè la contrattazione avvenendo privatamente tra venditrice e compratore, chi annota sui registri della società la traslazione della proprietà delle azioni, non può sapere, nè può pretendere ciò, il prezzo vero pattuito per la alienazione

l'impiego di esso: quindi, la prova della alienazione rimane inefficace trattandosi di una ripresa di beni da parte della moglie che diminuisce positivamente l'attivo della massa di fallimento; mentre la prova della alienazione di quei beni dedotta nel modo concesso dall'articolo in esame, è inconcludente per la rivendicazione che sulla massa si propone dalla moglie.

—

Art. 785.

Il diritto indicato negli articoli 780 e 781 non può essere esercitato dalla moglie, se non col carico dei debiti e delle ipoteche da cui i beni fossero legalmente aggravati.

Sommario.

339. *Interpretazione e commento dell'articolo* 785.

339. *Interpretazione e commento dell'articolo* 785. — La evidenza del principio stabilito in codesto articolo nè dispensa dal perdervi intorno molte parole. Diremo solo che, esercitando il diritto di ritenzione per gli immobili che le appartengono, per qualsivoglia titolo, la moglie non può rifiutare i debiti e le ipoteche che li gravassero, qualunque fosse la loro origine, purchè le ipoteche fossero costituite nei modi, dalle persone, sui beni dalla legge contemplati; ed i debiti avessero un'origine dalla legge non ritenuta inefficace. Così, ad esempio, come avverte il Calamandrei (1), l'ipoteca inscritta dal marito sull'immobile della moglie, contro le disposizioni degli articoli 1404 e 1405 del Codice civile, cadrebbe issofatto, quando la moglie riprende i suoi beni.

Nel caso, però, in cui l'ipoteca fosse costituita legalmente sui beni della moglie a garanzia di un debito del marito, la moglie non potrebbe farla cadere. Tuttavia gli autori (2) concordano nell'accordare alla moglie il diritto di concorrere, come creditrice del marito, nel giudizio di fallimento.

Art. 786.

Se il marito era commerciante al tempo della celebrazione del matrimonio, o se non avendo allora altra determinata professione è divenuto commerciante nell'anno successivo, l'ipoteca legale per la dote della moglie non si estende in nessun caso ai beni pervenuti al marito durante il matrimonio per altro titolo, che quello di successione o donazione.

Nei casi suddetti, la moglie non può esercitare nel fallimento veruna azione per i vantaggi derivanti a suo favore dal contratto di matrimonio, e i creditori non possono valersi dei vantaggi dallo stesso contratto derivanti a favore del marito.

---

(1) Op. cit., vol. I, pag. 387, n. 446.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 387, n. 496; RENOUARD, op. cit., pag. 294; PARDESSUS, op. cit., vol. II, n. 1225; BÉDARRIDE, op. cit., vol. III, pag. 109, § 1020; ALAUZET, op. cit., vol. II, pag. 207, n. 1874.

Art. 787.

Se la moglie ha verso il marito crediti dipendenti da contratti a titolo oneroso, ovvero ha pagato per lui dei debiti, i crediti si presumono costituiti ed i debiti pagati con danaro del marito e la moglie non può proporre alcuna azione nel fallimento, salva ad essa la prova contraria secondo le disposizioni dell'articolo 782.

La moglie del fallito è ammessa al passivo del fallimento per il prezzo dei suoi beni alienati dal marito durante il matrimonio, salva l'azione della massa su ciò che la moglie potesse ricuperare secondo le disposizioni dell'articolo 1407 del Codice civile.

Sommario.

340. *I diritti della moglie garantiti mediante ipoteca. — Quali beni del marito vengano colpiti dalla ipoteca legale in favor della moglie, per la garantìa della dote.*
341. *Il marito commerciante al tempo della celebrazione del matrimonio. — Diventa commerciante entro l'anno successivo. — Diventa commerciante passato il primo anno del matrimonio.*
342. *Reciproca decadenza dei vantaggi pattuiti nel contratto nuziale, tanto a favore della moglie quanto a favor del marito. — Quando ha luogo codesta decadenza*
343. *Rigidità della presunzione* juris tantum *dell'articolo 787. — Debiti pagati dalla moglie a liberazione del marito. — Crediti della moglie verso il marito. — La moglie ammessa alla prova contraria alla presunzione.*
344. *Ammessione della moglie al passivo del fallimento, come creditrice del marito. — Origine del credito. — Le disposizioni dell'articolo 1407 del Codice civile e le azioni della massa verso la moglie.*

340. *I diritti della moglie garantiti mediante ipoteca. — Quali beni del marito vengano colpiti dalla ipoteca legale in favore della moglie, per la garantìa della dote.* — La sola modificazione che il legislatore del vigente Codice di commercio portò alle disposizioni degli articoli 676, 677 e 678 del cessato Codice, è quella che assicura, ai creditori del marito, un'azione in confronto della moglie del fallito pel caso in cui essa abbia ricuperati dei beni, riguardo ai quali ella era già stata ammessa al passivo del fallimento (1). E gli articoli 786, 787 non sono che la riordinazione, secondo un criterio più corretto, dei tre articoli succitati dell'abolito Codice.

Disposizioni identiche a quelle che esaminiamo, sono contenute nel Codice di commercio francese agli articoli 562, 563, 564. Però, l'articolo 563 specifica i casi in cui la moglie avrà ipoteca legale sui beni del marito, e accorda ipoteca alla moglie " pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari „. Le altre legislazioni commerciali europee s'avvicinano più o meno al sistema del legislatore francese; e il Codice commerciale Belga è il solo che porti a due anni, invece che ad uno, il tempo

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 15 marzo 1872 - Verbale 841.

nel quale, posteriormente alla celebrazione del matrimonio, il marito sia divenuto commerciante (art. 559).

Abbiamo veduto sin dal numero 327 di questo commento quali obblighi sieno imposti dal Codice di commercio al commerciante che s'ammogli per riguardo ai rapporti che vengono a costituirsi tra i due coniugi, ed a quali formalità debba sottostare. Vedemmo, altresì, come la legge regoli il caso in cui il marito intraprenda l'esercizio del commercio dopo la celebrazione del matrimonio. Ora vedremo quali diritti, nel fallimento del marito, riserbi la legge commerciale alla moglie per riguardo ai beni dotali.

Il fondamento della disposizione dell'articolo 786 del Codice di commercio, convien cercarlo nelle disposizioni del Codice civile relative ai rapporti patrimoniali dei coniugi, derivanti dal contratto nuziale e, più specialmente, nella disposizione dell'articolo 1969 del Codice civile. Quest'articolo stabilisce che la moglie ha ipoteca legale sui beni del marito, per garantia della dote e dei lucri dotali. Tale ipoteca, se non è stata limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, ha luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente.

Riguardo, poi, alle somme dotali provenienti da successione o donazione, l'ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto sui beni posseduti dal marito in detto giorno. L'articolo 786 limita l'estensibilità dell'ipoteca legale della moglie a quei beni che al marito pervennero durante il matrimonio, soltanto per successione o donazione; e comprende quelli che il marito possedeva al tempo della costituzione della dote, escludendone, invece, espressamente, quelli che il marito acquistò dopo la celebrazione del matrimonio, qualunque sia la forma dell'acquisto e la provenienza del danaro impiegatovi (1). Quanto alla validità della iscrizione ipotecaria, potrebbe esser fatta questione, se la ipoteca legale della moglie sottostia, di fronte al fallimento del marito, a quelle regole di decadenza che il legislatore del Codice di commercio ha stabilite negli articoli 707 a 709 del Codice. Senza dubbio qualora la ipoteca sia stata iscritta sui beni del marito dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, essa è nulla *ipso jure*. Ma nel caso in cui la ipoteca abbia preso vita posteriormente alla cessazione dei pagamenti commerciali del marito, ma anteriormente alla dichiarazione di fallimento, la bisogna presentasi diversa. Può darsi che il commerciante non ancora fallito, ma che abbia diggià cessato i suoi pagamenti, tenti con un buon matrimonio di assestare i pericolanti suoi affari e di rendere più difficile l'esercizio dei diritti

(1) Gli autori sono concordi nell'ammettere che nessun'altra qualità di beni, acquistati dal marito dopo la celebrazione del matrimonio o dopo la intrapresa del commercio, può essere colpito dalla ipoteca della moglie; ed a questo sistema della legge commerciale non si deroga neppure nel caso contemplato, per esclusione, dall'articolo 1395 Codice civile; nel caso, cioè, in cui terze persone abbiano, durante il matrimonio, aumentata la dote della moglie.

Una elegante questione è, invece, quella che il Calamandrei riferisce dall'Alauzet riguardo alla ipotecabilità dell'immobile pervenuto al marito durante il matrimonio in causa di divisione. Può darsi che il marito sia in comunione, riguardo a parte della sua sostanza, con terzi: la comunione viene a cessare; l'ipoteca della moglie colpirà o non colpirà quella parte di beni che entra, bensì, ora nella sostanza del marito, ma non nei modi contemplati dall'art. 786 del Codice di commercio? Fu risposto, giustamente, che la divisione è *dichiarativa* e non *attributiva* di proprietà: quindi l'immobile si suppone *ab origine* tutto in proprietà del marito; quindi l'ipoteca della moglie, lanciata in seguito sulla parte pervenuta per divisione al marito, è valida come quella che esisteva *ab origine* astrattamente anche per quell'immobile.

de' suoi creditori nella evenienza della dichiarazione di fallimento, unendosi in matrimonio con una donna che, portandogli una dote, acquisti, per ciò solo, il diritto ad aggravare d'ipoteca i suoi beni. In simile caso la presunzione di frode comminata contro le ipoteche stabilite sui beni del debitore dall'articolo 709, n. 4, verrà essa oppugnata dalla prova della buona fede nella moglie che iscrisse la ipoteca dalla legge accordatale? Noi crediamo che sì; perchè se la frode architettata dal commerciante contro i proprî creditori ebbe anche per vittima la donna ch'ei scelse per isposa e che non poteva conoscere il vero stato patrimoniale dello sposo, sussiste il di lei diritto di garantirsi in quel modo che la legge consente per la sicurezza dei diritti patrimoniali della moglie (1).

Invece una sentenza della Corte di cassazione di Torino (2), rivolta però alla interpretazione dell'articolo 555 del Codice cessato, ha ritenuto che, anche la ipoteca della moglie, iscritta nell'epoca da quell'articolo fissata, è nulla *ipso jure*. Però, conviene ricordare che se questa interpretazione era possibile e giustificata per il disposto dell'art. 555, il quale non ammetteva prova contro la presunzione affermata, non lo pare di fronte all'articolo 709 Codice vigente, che rende quella presunzione *juris tantum* e non ha conservato quel limite di dieci giorni che era fissato nell'art. 555.

341. *Il marito* commerciante *al tempo della celebrazione del matrimonio. — Diventa* commerciante *entro l'anno successivo. — Diventa* commerciante *passato il primo anno di matrimonio.* — La distinzione che il legislatore commerciale ha fatto tra il caso in cui il marito fosse già commerciante al tempo della celebrazione del matrimonio, e il caso in cui lo sia divenuto dopo la celebrazione del matrimonio, ma entro l'anno successivo a quello, fa luogo ad una terza ipotesi: la ipotesi, cioè, della intrapresa dello esercizio del commercio da parte del marito dopo la celebrazione del matrimonio non solo, ma trascorso anche l'anno alla celebrazione successivo.

Il Vidari (3) con la consueta maestria osserva quanta incertezza e vanità si celi nella disposizione dell'articolo 784 a questo riguardo. Escluso il caso in cui il marito sia già commerciante al tempo del matrimonio, come si potrà attribuire al marito la qualità giuridica di commerciante, se egli intraprenda la mercatura nell'anno successivo alla celebrazione del matrimonio? Lo stesso Codice di commercio attribuisce qualità di commerciante alla persona che eserciti " atti di commercio per professione abituale „ (articolo 8); e quindi crea già un ostacolo, e non lieve, alla applicabilità dell'articolo 784.

Perchè, pur supposto che sieno commerciali gli atti di economia domestica e di amministrazione patrimoniale che il marito faccia nel primo anno della celebrazione del matrimonio, quando e come sarà diventata abituale professione del marito, il commerciare? Ma la stessa disposizione dell'articolo 786, consiglia, con efficacissime parole, il marito che voglia darsi al commercio e che preveda anche l'eventualità d'un fallimento e la necessità quindi di salvare in qualche modo il proprio patrimonio, a lasciar passare il primo anno di matrimonio, meditando nel frattempo la continuità di una luna di miele finanziario, alle spalle dei futuri creditori. Altra causa di dubbio è la espressione dal legislatore usata, riguardo alla condizione del marito

(1) Vedere sulla questione il già citato studio dell'avvocato Nicola De Feo " La liquidazione del passivo nella procedura di fallimento „. Roma, 1891.

(2) Sentenza 5 settembre 1885 (*Legge*, 1885, II, pag. 585.

(3) Op. cit., vol. VIII, pag. 551, § 4714.

non commerciante, anteriormente alla celebrazione del matrimonio. Dice l'articolo in esame, che le disposizioni in esso contenute si applicano anche al caso in cui il marito, che all'epoca del matrimonio non aveva " *altra determinata professione* „, sia divenuto commerciante nell'anno successivo.

Il Vidari su questa espressione ha trovato modo di abbreviare quell'anno dal legislatore determinato; e scrive che le disposizioni dell'art. 786, escluso il caso in cui il marito fosse già commerciante all'epoca della celebrazione del matrimonio, giovano al marito che " .....diventerà commerciante dopo un anno dalla celebrazione del proprio matrimonio, od anche *prima* ove, al tempo di tale celebrazione, *abbia avuta una determinata professione diversa da quella di commerciante*..... „ (1).

Sembra, d'altra parte, che la espressione disgraziata del legislatore, possa far luogo anche ad una interpretazione più favorevole ai creditori; cioè, che se il marito, all'epoca della celebrazione del matrimonio, non aveva altra determinata professione, ed intraprese il commercio nell'anno successivo a quell'epoca, si debba considerarlo commerciante anche al tempo in cui celebrò il proprio matrimonio. Gli effetti di una simile interpretazione sarebbero molteplici e troppo lontani dalla lettera e dallo spirito della legge, perchè si tenti da noi, dopo averla accennata per semplice esempio di ermeneutica, di sostenerla e di opporla alla barocca costruzione dell'articolo in esame. Diremo, invece, che la frase *incriminata* deve considerarsi come un pleonasmo, privo di una anche piccolissima importanza; e che il Vidari nella surriferita interpretazione, eccedette i limiti tanto della lettera che dello spirito dell'art. 786.

Dunque le deroghe al sistema ipotecario, dal diritto civile stabilito a favor della moglie, e gli effetti di queste deroghe, tanto di fronte ai creditori, quanto di fronte alla moglie del fallito, non si possono invocare che nel caso in cui il marito fosse commerciante già quando celebrò il proprio matrimonio, o lo divenne effettivamente nell'anno a quell'epoca immediatamente successivo. Vedremo ora quali effetti da ciò si producano e quale nuova deroga lo articolo 786 del Codice di commercio' opponga all'articolo 1969 del Codice civile.

342. ***Reciproca decadenza dei vantaggi pattuiti nel contratto nuziale tanto a favor della moglie, quanto a favor del marito. — Quando ha luogo codesta decadenza.*** — L'effetto più sensibile che si produce dalla disposizione dell'articolo 786, è che la moglie, nei casi contemplati da questi articoli, non può proporsi nel giudizio di fallimento siccome creditrice del marito per quei vantaggi che a suo favore fossero pattuiti nel contratto di matrimonio. La condizione uguale di decadenza stabilita dal legislatore contro i creditori del marito per i lucri dotali a costui assicurati nel contratto di matrimonio, produce l'effetto di un'assoluta scissura dei rapporti patrimoniali fra coniugi non appena sia dichiarato il fallimento del marito. " Anche i lucri nuziali, scrive il Vidari, sono un mezzo artificioso di cui, non di rado, si valgono i coniugi per preparare la via ad ingannare i creditori nel caso che il marito cada fallito; epperò è naturale che la legge vigili severamente a sventare tali insidie nell'interesse di tutti, giacchè sarebbe ingiusto ed immorale che, mentre tutti i creditori devono accontentarsi di essere pagati con moneta di fallimento, la moglie soltanto potesse farsi, per così dire, la parte del leone, sottraendo ad essi, sotto i loro occhi, parte anche notevole di ciò che invece costituisce la garantìa comune di tutti i creditori „ (2). Il criterio seguito dal legislatore del 1882 è favorevolmente illustrato dai commentatori e raffor-

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 551, § 4714.

(2) Op. cit., vol. VIII, pag. 554, § 4716.

zato da una concorde giurisprudenza (1). Esso ha stabilito una deroga alla disposizione dell'articolo 1969 del Codice civile che, come si vide, accorda la garantìa ipotecaria anche in favore dei lucri dotali. Però, la deroga che l'articolo 786 del Codice di commercio fa alle disposizioni del diritto civile, non si converte unicamente in una limitazione del diritto della moglie, con un giusto criterio di reciprocità, ricorrendo le stesse condizioni che spogliano la donna di alcuni dei suoi diritti patrimoniali, il legislatore non consente che il marito, e per lui i suoi creditori, pretenda dalla moglie quei lucri dotali che il contratto di matrimonio gli avea assicurati.

Qui, come nel primo alinea dello stesso articolo 786, la deroga al principio dello articolo 1969 del Codice civile, è applicabile nei soli casi di matrimonio del commerciante già esercente la mercatura al dì delle nozze, o di esercizio della mercatura intrapreso entro l'anno successivo alla celebrazione di queste.

All'infuori di questi casi, e, cioè, nell'unico caso che, dopo questi, si presenti di intraprendimento del commercio durante il matrimonio e trascorso il primo anno dalla celebrazione di esso, la moglie godrà la ipoteca legale in tutta l'estensione accordata dal diritto civile.

È, per ultimo, da notare una differenza tra gli effetti che, riguardo ai diritti patrimoniali della moglie, produce il primo alinea dell'art. 784, in confronto a quelli prodotti pei lucri dotali, dal secondo comma di detto articolo. Perchè, se quanto ai lucri dotali la moglie non può mai, assolutamente mai, aver un'azione se ricorrono gli estremi dell'articolo in esame: invece, riguardo alla garanzia ipotecaria per la dote, il disposto dell'articolo 786 non segna che una limitazione all'estensibilità dell'ipoteca legale (2).

343. *Rigidità della presunzione* juris tantum *dell'articolo* 787. — *Debiti pagati dalla moglie a liberazione del marito.* — *Crediti della moglie verso il marito.* — *La moglie ammessa alla prova contraria alla presunzione.* — Può avvenire che durante il matrimonio, qualunque sia la condizione civile del marito sia all'epoca della celebrazione delle nozze, che in prosieguo di tempo, la moglie abbia costituiti col proprio marito rapporti patrimoniali, derivanti da contratti a titolo oneroso; oppure abbia, per conto di lui e per di lui liberazione, pagati debiti del marito sostituendosi così al primo creditore del quale verrebbe ad aver comprate, in tal guisa, le ragioni di credito verso il proprio marito. Evidentemente in questi casi la moglie è una vera e propria creditrice del proprio marito, nè vi sarebbe giustificazione sufficiente per negarle i diritti riconosciuti a tutti i creditori, nel caso della dichiarazione di fallimento del comun debitore. Tuttavia, il principio a cui si informa tutto il complesso delle disposizioni riguardanti i diritti della moglie del fallito, ha pure in questo caso forzata la mano al legislatore e gli ha fatto riaffermare la presunzione di frode col necessario assorbimento, a favor della massa dei creditori, fino a prova contraria, dei beni che la moglie asserisce appartenerle. E il rigore, con cui il legislatore dell'attuale Codice di commercio ha applicata la presunzione *muciana*, è maggiore di

(1) Cfr. Cassazione di Napoli, 26 gennaio 1884 (*Ann. giurispr.*, 1884, I, 254); Appello di Casale, 15 novembre 1884 (*Giurispr. Casal.*, 1884). Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 554 e seguenti, § 4716 e seguenti; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 372, n. 455-56; VENDITTI, op. cit., pag. 49-50; GALLUPPI, op. cit., vol. II, pag. 512-514; RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 313; MASSÉ, op. cit., § 1845; ESNAULT, op. cit., § 600; LOCRÉ, *Esprit de la loi*, ecc., vol. XIX, pag. 440; Nicola DE FEO, op. cit., pag. 60 e seg.

(2) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 557, § 4719; RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 305; BÉDARRIDE, op. cit., vol. III, pag. 127, § 4244; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 294-5, § 1882; DALLOZ, opera e voce citate, § 1113 e seguenti.

quello usato dal legislatore commerciale del 1865. Il quale aveva solamente colpito i crediti della moglie derivanti da debiti da essa pagati per conto del marito: mentre crediamo che oggi, non solo tali crediti sono sottoposti agli effetti della presunzione, ma non vi si sottraggono neppure quei crediti che derivino da contratti onerosi stipulatisi tra i coniugi durante il matrimonio. Nè qui è d'uopo illustrare le cause di questa sanzione di stretto diritto imposta dal legislatore commerciale, contro il diritto comune, a vantaggio dei creditori; tali cause sono le medesime di cui si parlò commentando gli articoli 782 e 783 del Codice. Anche in questo caso la presunzione stabilita in danno della moglie, quantunque di legge, è però *juris tantum*; ammette, cioè per la disposizione stessa del legislatore, la prova in contrario. Questa prova dev'essere data dalla moglie, ed è ammessa secondo i mezzi e le forme ordinarie della prova. Effetto della sconfitta della presunzione, risulta, per la moglie, l'ammessione, come creditrice chirografaria del marito, al passivo del fallimento (1). E la sua ammessione avverrà con tutti quei particolari vantaggi che, nella stipulazione del contratto oneroso, la moglie si fosse riservata per garantìa dei proprî crediti: perchè la prova vittoriosa per l'oggetto principale profitta anche all'accessorio, in forza del dettato " *accessorium sequitur principale* ".

344. *Ammessione della moglie al passivo del fallimento, come creditrice del marito. — Origine del credito. — Le disposizioni dell'articolo* 1407 *del Codice civile e le azioni della massa verso la moglie.* — Oltre i particolari diritti accordati o riaffermati dal legislatore commerciale alla moglie del fallito, diritti che la pongono in miglior condizione degli altri creditori del marito, il legislatore ha voluto garantirla anche per quei crediti che ella potesse vantare verso il marito, a causa di rapporti patrimoniali, pei quali non si potessero applicare quelle disposizioni di favore specialmente sancite. Così l'ultimo comma dell'articolo in esame ammette la moglie del fallito a concorrere sulla massa di fallimento con gli altri creditori, per il prezzo dei suoi beni alienati dal marito durante il matrimonio.

La legge non qualifica, nè pel loro titolo nè per la specie, simili beni; ed allora si presentano due ipotesi: 1° o il legislatore allude a tutti indistintamente i beni della moglie, dotali, parafernali, a lei pervenuti a qualsiasi titolo durante il matrimonio, mobili od immobili, purchè alienati dal marito; 2° oppure qui intende il legislatore dettare la regola che governa quei beni che, negli articoli precedenti, non sarebbero stati considerati.

La soluzione di queste ipotesi si ha non appena si ricorra al disposto del diritto civile, per riguardo alla alienazione dei beni della moglie. L'articolo 1404 del Codice civile, dichiara inalienabile e insuscettiva di ipotecazione la dote della moglie, se non siane stata permessa la alienazione e l'ipotecabilità per lo stesso contratto di matrimonio. Ora, se il marito aliena beni dotali contro le disposizioni analoghe del Codice civile, l'alienazione è nulla, dice l'art. 1407 del Codice civile, e il marito diventa debitore verso la moglie del prezzo dei beni alienati. Quanto ai beni parafernali la moglie che ha accordato al proprio marito il mandato della loro amministrazione, ha verso il mandatario i diritti comuni del mandante; quindi, nel caso che egli abbia alienati i beni della moglie, tanto conforme al mandato amministrativo, quanto abusando del silenzio della formula mandatizia, quanto contrariamente ad essa, la moglie diventa creditrice chirografaria del marito o concorre con gli altri creditori *pari passu* sulla massa del fallimento. Se non che la

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 558, § 4720; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 393, n. 487.

moglie potrebbe recuperare, per la nullità dell'alienazione dei beni dotali, quei beni che il marito abbia alienati contrariamente al disposto del Codice civile: e, siccome in tal caso i creditori, come subentrati al fallito, si troverebbero di fronte colui al quale furono alienati quei beni dotali, reclamante i danni e l'evizione della cosa, così il legislatore, ha stabilito che i creditori, che avessero chiamata la moglie a concorrere per quei beni sulla massa del fallimento, abbiano diritto, in di lei confronto, di valersi dell'azione di ricupero di quanto avessero pagato, ritornando così alla massa le somme eventualmente versate. Questo diritto di azionare la moglie che concorre sulla massa del fallimento, secondo l'ultimo comma dell'articolo 787 del Codice di commercio, non compete ai creditori che nel caso di recupero da parte della moglie dei suoi beni alienati, in forza dell'articolo 1407 del Codice civile; oppure compete anche nei casi in cui l'alienazione illegittima dei beni della moglie sia stata fatta dal marito, quale mandatario amministrativo dei beni parafernali o, comunque sia, non dotali? Non pare dubbia una risposta su ciò, solo che si ricorra a quanto stabilisce il diritto civile. Il mandatario, eccedendo i limiti del conferitogli mandato, non obbliga il mandante (Codice civile, articolo 1744 e 1752, 2° alinea) per quelle qualsivoglia operazioni che abbia fatte: esse si considerano fatte in suo nome e le obbligazioni da lui incontrate costringono lui soltanto. La vendita della cosa altrui è nulla (Codice civile, articolo 1459) e il venditore, essendo verso il compratore tenuto per l'evizione, diventa suo debitore per il prezzo della cosa, non meno che per tutti gli altri esborsi, anche voluttuari, sostenuti dal compratore in causa della cosa evinta (Codice civile, articoli 1482, 1487, 1489, 1490, 1491, 1492).

Da ciò appare che la moglie che ha il diritto di recuperare la cosa, illegittimamente venduta in di lei danno dal proprio marito, se riesce o se voglia recuperare quella cosa, non può più ritenere il prezzo che nel suo concorso coi creditori del marito avesse ricevuto.

Ma qui mal si applica il riferimento allo articolo 1407 del Codice civile, limitato al solo caso di abusiva alienazione di beni dotali; quindi, parrebbe che il legislatore del Codice commerciale avesse dimenticato di emanare una regola che ordinasse l'evento della alienazione di beni non dotali. Invece è da ritenersi che, trattandosi, nella casuale alienazione di beni non costituiti in dote alla moglie, di un abuso di mandato da parte del marito, abuso che nella sua essenza, come nei suoi effetti, è regolato dal diritto comune a tutti i mandatari e a tutte le evizioni, il legislatore rimandi tacitamente alle idonee sanzioni di legge la soluzione delle ipotesi avanzate da noi; i creditori si varranno, quindi, di quelle azioni di diritto comune che potessero proporre contro la moglie, nel caso dell'articolo 787.

Qui si presenta un ultimo quesito. Cioè: i creditori, in confronto dei quali la moglie, i cui beni, dotali o non, furono abusivamente alienati dal marito, si propone creditrice chirografaria sulla massa del fallimento, potranno costringerla a rivolgersi direttamente verso i compratori di quegli oggetti? Si risponde con una distinzione. Se i beni sono dotali pare che la espressa dichiarazione dell'articolo 787 non ammetta dubbio; vi si dice, senz'altro, che la moglie diventa creditrice chirografaria del marito, per il prezzo dei beni alienati; che i creditori saranno sostituiti nelle ragioni della moglie verso il compratore (1); che i creditori potranno intentare un'azione di recupero contro la moglie se questa possa, valendosi delle disposizioni dell'art. 1407 del Codice civile, riavere i beni alienatile.

(1) Così almeno dice il VIDARI, op. cit., vol. VIII, § 4721; noi vedremo più avanti la erroneità di tale affermazione.

Se i beni, invece, non sono dotali crediamo che i creditori del marito possano opporre alla moglie l'obbligo ch'ella ha di esercire l'evizione in confronto del compratore dei suoi beni. A questa conclusione veniamo per molte considerazioni che deriviamo dall'esame di quanto il Codice civile dispone, riguardo agli effetti scaturienti dalla vendita della cosa altrui. Anzitutto, e questo diciamo in opposizione a quanto scrisse il Vidari (1), è dubbio assai se i creditori del marito si possano dire sostituiti, anche per gli effetti della vendita nulla di beni dotali, alla moglie quanto al diritto di domandare la restituzione della cosa per illegalità di vendita. Nè qui soccorre il disposto dello articolo 1407 del Codice civile; il quale, riguardo al marito, consente soltanto al compratore un'azione pei danni, nel caso che a lui non fosse stato dichiarato, al momento della stipulazione del contratto, che l'oggetto era dotale.

Dunque i creditori del marito, nella azione dalla moglie intentata, quando lo possa, per riavere i beni dotali alienati, diverrebbero, essendo subentrati negli obblighi patrimoniali al marito, debitori verso il compratore dei danni e del prezzo degli oggetti dalla moglie recuperati, e non creditori verso il compratore; e, quanto meno, dovrebbero accoglierlo come creditore chirografario sulla massa del fallimento. Se, invece, la moglie ha rinunciato a chiedere la revoca della alienazione e si presenta come creditrice chirografaria del marito, come può convenire ai creditori del marito di azionare, per nullità d'obbligazione, il compratore, quando costui poi si aggiungerebbe alla massa dei creditori non solo per il prezzo sborsato dei beni, ma anche pei danni risentiti per la evizione della cosa? *In absurdum versamur:* e certo ai creditori conviene ingoiare l'amara pillola per timore di peggio. Notisi, poi, che i creditori, che mai in nessun caso possono intendersi surrogati, quanto all'evizione, nei diritti del proprietario della cosa abusivamente venduta, perchè essi rappresentano il venditore della cosa stessa, nè ponno assumere contemporaneamente due personalità giuridiche collidenti fra loro, sono messi dalle disposizioni dello stesso Codice civile nella impossibilità di esperire contro il compratore della cosa una qualsiasi azione diretta a recuperare l'oggetto venduto; essi potranno convenirlo per il pagamento del prezzo pattuito sulla cosa, se non fu pagato; ma non per altro.

Non si consente al venditore di chiedere la risoluzione del contratto di vendita se non nel caso di lesione *ultra dimidiam partem;* e questo giova anche al venditore della cosa altrui. Ma il venditore, per evitarsi i risarcimenti che ei dovrebbe al compratore per evizione della cosa, volesse rescindere il contratto, non avrebbe il consenso della legge. Dunque, concludendo: dato che la moglie non intenda di far dichiarare la nullità della vendita abusiva dei proprii beni, sia dotali che d'altra specie, presentandosi come creditrice chirografaria del marito, i creditori non potranno respingerla che nel caso di vendita di beni non dotali; e in nessun caso potranno convenire il compratore per rescissione della vendita. L'applicabilità dell'ultimo comma dell'articolo 787 del Codice di commercio è subordinata all'ipotesi che il prezzo della cosa alienata non sia stato lucrato dalla moglie, o lo sia in parte solamente. Perchè, se la moglie ha riscosso e ritenuto dal marito il prezzo delle cose di sua proprietà che furono abusivamente alienate dal marito, sana, con un tacito consenso, che rafferma un fatto compiuto, l'abusività del fatto stesso e rinuncia, per questo, al diritto di evincere la cosa (2); ciò, però, nel caso di vendita, non prima autorizzata, di beni non dotali.

Perchè, quanto ai beni dotali, la moglie

(1) VIDARI, op. cit., vol. VIII, § 4721.

(2) Questo diciamo contrariamente all'opinione

che ritiri il prezzo dell'alienazione abusiva di quelli, non perde il diritto di chiedere si dichiari nulla la vendita; in tal caso è, però, tenuta alla restituzione del prezzo riscosso.

Quanto alla prova che la moglie è tenuta a dare per far constare ch'ella non riscosse il prezzo dell'oggetto, abusivamente venduto dal marito, è indubbiamente a seguirsi il dettato del diritto comune, risguardante le prove. Su questo è notevole una sentenza dell'appello di Brescia (1), che ha stabilito che: "È ammessibile la prova testimoniale per dimostrare che talune somme di spettanza della moglie furono ricevute dal marito, sebbene dal risultato della prova stessa possa sorgere un'azione di credito della moglie verso il marito „.

SEZIONE IV.

DEI COOBBLIGATI E DEI FIDEIUSSORI

Art. 788.

Il creditore possessore di obbligazioni sottoscritte, girate o garantite in solido dal fallito e da altri coobligati che fossero in istato di fallimento, partecipa alle ripartizioni in tutte le masse e vi è compreso per il valore nominale del suo credito sino all'intiero pagamento.

Art. 789.

Nessun regresso per i dividendi pagati è accordato ai fallimenti dei coobbligati, gli uni contro gli altri; ma se l'intiero credito di capitale ed accessori sia siato pagato da una o più delle masse coobbligate, in guisa che il creditore non abbia più azione contro le altre, le prime hanno diritto di regresso contro le seconde in proporzione della parte del debito che hanno pagato e di quella che era rispettivamente a carico di ciascuna.

Se i dividendi riuniti, assegnati al creditore in tutti i fallimenti dei coobbligati, superino la somma a lui dovuta, il resto è devoluto alle masse dei fallimenti nella proporzione suddetta. Se però i coobbligati erano garanti gli uni degli altri, il resto appartiene, secondo l'ordine delle obbligazioni, alle masse dei fallimenti di quei coobbligati che hanno diritto di essere garantiti.

---

di molti ed egregi civilisti che non opinano che il proprietario della cosa, venduta abusivamente, si intenda rinunciare al diritto di evizione e sanare la nullità della vendita, coll'integrare scientemente, il prezzo della cosa alienata.

(1) 26 giugno 1884 (*Diritto commerc.* [Rivista], vol. II, pag. 683).

Sommario.

345. *Condizione fatta al creditore contemplato nell'articolo* 788. — *Estremi che devono concorrere per l'applicazione di questo principio.*
346. *Partecipazione integrale pel valor nominale del credito ad ogni ripartizione per caduna massa.*
347. *Supposizione dell'articolo* 789. — *Principio che governa tali ipotesi.*
348. *Regresso delle masse l'una contro l'altra.* — *Condizione dell'esercizio del diritto di regresso.* — *Proporzionalità del rifacimento chiesto nell'azione di regresso.*
349. *Addizione dei dividendi assegnati al creditore dai varî fallimenti.* — *Eccedenza della somma risultante dalla addizione sul credito e devoluzione dell'eccedenza.* — *Ipotesi nel caso di garantìa reciproca tra i coobligati.* — *Devoluzione della eccedenza alle masse di fallimento dei coobligati di reciproca garantìa.*

345. *Condizione fatta al creditore contemplato nell'art.* 788. — *Estremi che devono concorrere per l'applicazione di questo principio.* — Il legislatore del 1882 riprodusse nell'attuale Codice di commercio, sotto l'articolo che prendiamo ora ad esaminare, la disposizione contenuta nell'art. 656 del Codice abolito. Non variò nè l'essenza nè la forma di quella disposizione, perchè non si riscontrò la necessità di applicare la garantìa, che in essa assicuravasi al credito cambiario e perchè quella disposizione era pienamente conforme all'indole dell'azione solidale che compete, nel caso contemplato, al creditore (1).

Il Codice di commercio francese non dà alcuna disposizione che si differenzi dall'art. 656 del cessato Codice italiano e dell'articolo 788 dell'attuale. Però, l'art. 543, che per ragion di materia corrisponde allo art. 657 del Codice italiano abolito e all'articolo 789 del vigente, si differenzia profondamente da quanto dispongono i due articoli ai quali si confronta. Perchè tanto l'art. 657 del Codice cessato, quanto l'articolo 789 del Codice di commercio attuale, devolvono alle masse dei fallimenti la somma eccedente il credito, mentre il legislatore commerciale francese la devolve, secondo l'ordine delle obbligazioni, " à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants „. Il § 61 della ordinanza tedesca del 1877 sulfallimento stabilisce che nel caso in cui la procedura di fallimento sia stata aperta sui beni di diverse persone o di una tra diverse persone tenute al pagamento in solido della medesima obbligazione, il creditore può fino all'integrale pagamento far valere il suo credito in ciascuna delle procedure per l'ammontare della somma di cui egli aveva diritto d'esigere il pagamento al giorno della dichiarazione di fallimento del suo debitore (2). Questa legge non contempla il diritto di regresso delle masse dei fallimenti o dei coobbligati in caso di eccesso di pagamento in favore del creditore; però, è a ritenersi che il silenzio del legislatore su questa materia abbia causa dalla qualità stessa delle ipotesi che si sarebbero dovute fare; ipotesi che il Codice civile dell'impero e d'ogni singolo Stato della confederazione, risolve con l'azione accordata per il pagamento dell'indebito.

Il Codice commerciale neerlandese è molto limitato e monco su questa materia. In esso non si riscontra che l'art. 878, nella

(1) *Atti della Commissione*, 1869, tornata delli 15 marzo 1872 - Verbale 840.

(2) § 61. Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinender für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem verfahren den Betrag geltendmachen, den er zur Zeit der Eröffnung des Aerfahrens zu fordern hatte.

sezione V " *Della ripartizione della massa* „ che allude al caso di un creditore di falliti coobbligati: stabilisce che il creditore, che è portatore di una obbligazione solidale che esiste tra il fallito ed altri condebitori ugualmente falliti, può partecipare in tutte le masse, finchè il suo credito sia stato pagato interamente.

La legge austriaca del 1869 sul fallimento, dedica due paragrafi ai diritti dei condebitori e dei fideiussori del fallito ed alla responsabilità solidale di più falliti.

Il § 18 stabilisce che i condebitori solidali e fideiussori del fallito possono domandare nel fallimento il risarcimento dei loro crediti derivanti da altri crediti contratti prima o dopo la dichiarazione di fallimento, se però competa loro un regresso contro il fallito. Se si tratta di debiti che in dipendenza della loro responsabilità potrebbero eventualmente esser messi a loro carico in seguito, essi acquistano il diritto d'insinuare le loro ragioni nel fallimento, quando il vero creditore non vi proponga direttamente il proprio credito.

Il § 19 regola la ipotesi di solidarietà fra più coobbligati; e stabilisce, che in casi di separati fallimenti dichiarati sulla sostanza di più persone, solidariamente responsabili per una stessa obbligazione, il creditore può far valere in ogni singolo fallimento l'intero ammontare del suo credito e nelle ripartizioni di ogni massa di fallimento può incassare le quote distribuite, commisurate però sull'intero credito fino al suo pieno soddisfacimento. Nel solo caso in cui, dopo il pieno soddisfacimento del creditore, risulti un soprappiù, ha luogo una azione di regresso per questo sovrappiù fra le masse dei fallimenti, e in quella proporzione nella quale i debitori solidali potrebbero, fuori del fallimento, pretendere l'uno contro l'altro il rimborso di quella parte che avessero pagata in più.

La disposizione dell'art. 788 dell'attuale Codice di commercio parte da una presunzione, che ha una gravissima intensità in materia commerciale, secondo cui le obbligazioni dei condebitori si intendono solidali: presunzione che si trasformò in espressa sanzione di legge (Cod. di comm., art. 40), specialmente trattandosi di società commerciali e di diritto cambiario. Data la qualità di codesta presunzione risulta, di conseguenza, che il creditore, la cui ragion di credito è rafforzata dalle obbligazioni solidali di parecchi individui, nella insolvenza del debitore principale può rivolgersi contro i coobbligati in modo da ottenere il pieno pagamento del suo credito dal più prossimo fra essi. Ma se questo è nel naturale sviluppo del diritto comune e della efficacia dell'obbligazione solidale, ben diversamente accade quando, non solo il debitore principale, ma anche gli altri coobbligati siano insolvibili. Ciò avviene nel caso di fallimento delle varie persone che abbiano assunta l'obbligazione in solido, oltre il debitore principale; ed è in questo caso che diventa intieramente applicabile il disposto dell'art. 778 del Codice di commercio. Avverte il Vidari (1), appoggiandosi sull'autorità del Renouard (2) e contro una sentenza della Cassazione di Torino (3), che nel caso in cui parte dei condebitori sia fallita e parte sia solvibile, il creditore ha diritto di rivolgersi secondo il diritto comune verso i condebitori solvibili; secondo il diritto particolare del fallimento, contro i condebitori falliti. Per vero l'opinione del Vidari parrebbe meno fondata e più valida l'argomentazione della Cassazione torinese, quando si consideri che la solvibilità di parte dei condebitori, in una obbligazione solidale, assicura a sufficienza

(1) Op. cit., vol. VIII, pag. 512, § 4682.

(2) Op. cit., vol. II, pag. 175 e segg. — L'Alauzet riconosce il diritto del creditore di rivolgersi contro i condebitori non falliti ma non contemporaneamente all'azione contro i condebitori falliti (op. cit., vol. IV, pag. 253, § 1842).

(3) Sentenza 18 marzo 1885 (*Giurispr. Tor.*, 1885, 1).

il creditore del pagamento del suo credito, e che l'esercizio contemporaneo delle ragioni di credito contro i debitori falliti ed i debitori non falliti, mentre non accrescerebbe le probabilità di pagamento al creditore, nuocerebbe ai condebitori non falliti, che potrebbero, eventualmente, essere esclusi dall'esercizio dell'azione di regresso verso gli altri coobbligati, nel caso in cui la natura dell'obbligazione permettesse il regresso. Poi, la escussione del debitore principale, nel caso uno ve ne sia, ancorchè fallito, intentata dal creditore, preclude a costui l'adito ad escutere quei coobbligati che non sieno nelle stesse condizioni del debitore principale; perchè non si concede che si tenti dal creditore l'azione contro un coobbligato se non quando l'altro coobbligato verso cui si è prima rivolto sia assolutamente insolvibile e la escussione di lui essendo stata fatta abbia avuto per risultato la dichiarazione d'insolvenza; ora, questa dichiarazione assoluta d'insolvenza non si può avere che nel caso in cui la procedura del fallimento del coobbligato abbia avuto fine. Da ultimo, il coobbligato non fallito non potrebbe essere accolto nel passivo del fallimento per il proprio credito verso il fallito quando lo stesso credito fosse proposto da un altro per identica obbligazione; e, quindi, verrebbe sottoposto ad un danno che potrebbe poi ricadere sul creditore, quando contro lui si promovesse un'azione per danni cagionati ingiustamente (1); ciò sempre nella supposizione più comune in materia commerciale, che la obbligazione in solido riguardi un debito contratto da uno solo dei coobbligati e gli altri quindi, sieno a considerarsi più che altro fideiussori; dei quali, quindi, devono godere tutti i diritti come sopportano tutti i doveri (2). Ad ogni modo, l'opinione del Vidari è pregevolissima in quanto si tratti di una obbligazione in solido, in cui tutti i coobbligati abbiano avuto un vantaggio dalla contrattazione del debito; mentre è più accettabile l'opinione contraria, quando, la obbligazione essendo stata assunta a vantaggio di un solo dei coobbligati, gli altri più che delle formule di legge relative alle obbligazioni solidali possono valersi di quelle relative ai fideiussori, come consente il Codice civile (art. 1201), in quanto non vi si opponga la lettera e lo spirito dell'art. 60 del Codice di commercio.

Ma, tornando all'applicabilità dell'articolo 788, da esso raccolgonsi queste condizioni perchè si possa esperire dal creditore il diritto che ivi gli si assicura. Anzitutto, bisogna che esista una obbligazione in solido, valida; bisogna che la obbligazione sia o sottoscritta o girata o garantita in solido dal fallito e da altri coobbligati: poi, da ultimo, che i coobbligati sieno in istato di fallimento. Altro estremo che non pare da scordarsi, è quello che, trattandosi di cambiale, essa sia stata in tempo protestata in modo che possa realmente giovarsi del particolare diritto in di lei favore sancito. Concorrendo codeste condizioni il creditore può rivolgersi contro tutti indistintamente i suoi debitori coobbligati; cioè, concorrere per l'intero suo credito al passivo di ciascuna massa dei vari fallimenti. L'interpretazione del diritto che veramente doveasi tenere spettasse al creditore verso i condebitori dette luogo ad una lunghissima disquisizione, che nata in Francia circa il XVII secolo non fu dalla legge risolta che sul cadere del secolo XVIII, nel 1778, quando un decreto del re cassò una sentenza del Parlamento (tribunale) d'Aix, che aveva giudicato non potere il creditore, in caso di fallimento di tutti i suoi condebitori, rivolgersi a più che ad uno di essi. Così, quel decreto stabilì il principio che fu prima

(1) Non crediamo necessario rammentare che qui le argomentazioni nostre corrono sulla guida del Codice civile, libro III, tit. IV, sez. IV, § 2°.

(2) Si avverta, tuttavia, anche riguardo ai fideiussori, quanto dispone l'art. 40 del Codice di commercio.

accolto nel Codice di commercio francese del 1807, ripetuto in quello del 1838, che è l'attuale, e riprodotto, oltrechè nelle nostre legislazioni di commercio, in quasi tutte le leggi commerciali d'Europa (1). Dunque, il creditore può partecipare a tutte le masse e ricevere da tutte il pagamento del suo credito, presentato nel suo valor nominale; può parteciparvi sempre anche se abbia ottenuto un pagamento parziale del suo credito: può parteciparvi sempre, e per l'intero credito, sebbene la possibilità d'ottenere il pagamento intero da una sola massa lo garantisca della perfetta esecuzione del suo diritto.

316. *Partecipazione integrale pel valor nominale del credito ad ogni ripartizione su cadauna massa.* — La soluzione che la legge italiana ha sancito per togliere ogni dubbio circa i diritti dei creditori in caso di fallimento dei suoi debitori coobbligati, pare ecceda, a detta di moltissimi autori (2), quel criterio di equità che, anche nella tutela dei diritti di un creditore, non può essere trascurato, onde non aggravare la condizione del fallito, e non diminuire le probabilità che tutti i creditori hanno di fronte alla procedura di fallimento, di ottenere il pagamento dei loro crediti. Diffatti il creditore, che si trovi nelle condizioni dell'articolo 788, concorre pel *valor nominale del suo credito*, su tutte quante le masse dei fallimenti dei suoi condebitori: cioè, esperisce il diritto d'ottenere il pagamento del proprio credito, capitale ed interessi legali, da tutti i suoi condebitori ad un tempo. Ciò stabilisce, indubbiamente, una deroga ai principî della solidarietà, quando si consideri la sanzione della legge commerciale superficialmente soltanto. Ma la deroga si annienta quando, invece, si indaghino le riposte cagioni che spinsero il legislatore a sancire un diritto così straordinario a favore del creditore. Nella procedura di fallimento, i creditori vengono soddisfatti con danaro di fallimento, mediante successive ripartizioni proporzionate all'ammontare del proprio credito: la somma di queste successive ripartizioni non può superare l'ammontare del credito, o di quella proporzionale, che ne fu stabilita. Sicchè il creditore di più condebitori solidali caduti in fallimento, presentandosi per l'intero credito nominale alle ripartizioni di ciascuna massa di fallimento, riceve, in ciascuna di esse, quella proporzionale al proprio credito che è assegnata a tutti gli altri creditori che sulle varie masse concorrono con lui nella proporzione, fissata come regola di ripartizione dell'attivo. Allora può bensì avvenire che la somma di tutte le quote ch'egli percepisce nelle ripartizioni di tutte le masse alle quali è ammesso, superi l'ammontare dell'intero suo debito; ed a questa eventualità provvede l'art. 789 con le disposizioni che più avanti esamineremo. Ma, d'altro lato, può avvenire che la somma di tutte le ripartizioni lucrate, sia a chiusura di tutti i fallimenti inferiore all'intero ammontare del credito; e il creditore sottostà ad una perdita proporzionale ben maggiore di quella che soffersero i creditori che concorsero ad un solo fallimento (3). La legge commerciale ha inteso provvedere a quest'ultimo caso; riconoscendo, giustamente, che chi si è assicurato una maggior estensione di mezzi per ottenere, in qualsiasi evenienza, il pagamento del proprio credito, goda anche, in una evenienza tanto temibile quanto

(1) Ci limitiamo a questi brevissimi cenni sulla origine e sulla storia della disposizione in esame: chi volesse conoscerla più profondamente si valga degli autori francesi che la narrano per *extenso:* RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 175 e seguenti; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 252 e segg., § 1842; BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 277 e segg., n. 800; BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., vol. II, p. 583 e segg.; DALLOZ, *Code de comm.*, pag. 691 e segg.

(2) Autori succitati: VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 513, §§ 4683-84.

(3) Cfr. gli autori francesi nelle opere e passi citati nel numero 345; Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 514, § 4684.

quella del fallimento, per intero i frutti della previdenza e della pratica d'affari che lo persuasero a farsi garantire la propria ragion di credito da parecchie persone.

Nel caso di fallimento di tutti quanti i coobbligati, se il creditore non riuscì a coprirsi interamente colle molteplici ripartizioni ottenute, non potrà più in nessun caso ricovrare il residuo non pagatogli nelle varie procedure di fallimento. Se, invece, non tutti i debitori coobbligati sono caduti in fallimento, il creditore come poteva rivolgersi contro loro per ottenere il pagamento intero del proprio credito, senza presentarsi ai vari fallimenti, così potrà rivolgersi a loro per ottenere il pagamento della somma che non potè riscuotere nelle distribuzioni d'attivo dei fallimenti, nei quali concorse (1).

Abbiamo detto che il creditore dell'articolo 788 può rivolgersi a tutti i coobbligati, caduti in fallimento, contemporaneamente. La legge difatti consente in ciò un diritto al creditore; non glie ne fa un obbligo. Sicchè s'ei credesse di escutere i debitori coobbligati che non fossero falliti, come pure un condebitore fallito, non curandosi degli altri, potrà sempre farlo, e nessuna eccezione essergli opposta. Solo non avrà più alcuna azione contro le masse degli altri fallimenti, pei quali non si chiarì creditore (2).

347. *Supposizioni dell'art.* 789. — *Principio che governa tali ipotesi.* — Dato il diritto di cui, per l'art. 788, gode il creditore di più condebitori, caduti in istato di fallimento, era necessaria la disposizione contenuta nell'articolo di cui imprendiamo ora il commento.

Codesta disposizione parte da un'ipotesi formulata dal legislatore e che si smembra in due parti.

Occorre cioè, che, oltre le condizioni richieste per l'esercizio del diritto assicurato al creditore nel precedente articolo, il credito presentato sia stato integralmente pagato; anzi, che il creditore abbia ottenuto l'intero pagamento da una o più delle masse di fallimento alle quali ei s'è presentato, in modo che cessi ogni suo diritto in confronto delle altre masse di fallimento dei suoi condebitori. Questo pel primo alinea.

Poi, pel secondo alinea, si richiede non solo che il creditore sia stato pagato da tutte o da parte delle masse di fallimento adìte; ma che il pagamento, costituito dalla somma di tutti i dividendi percepiti dal creditore, superi l'ammontare del credito, capitale ed interessi compresi (art. 700 Codice di commercio).

Quanto alla prima ipotesi, a quella, cioè, del primo alinea dell'art. 789, avvertiamo che essa rappresenta, a detta della Commissione per gli studi preparatori del Codice di commercio, un miglioramento sulla analoga disposizione dell'art. 657 del cessato Codice. La Commissione tacciava di inutilità e, quanto meno, di inesattezza, la disposizione di quell'articolo; la quale era limitata ad un solo caso e pur malamente ne regolava la soluzione. Quindi si formulò l'idea, contenuta nell'art. 657, in un nuovo articolo che bastasse a prevenire tutte le difficoltà " assai meglio di quanto potesse attendersi dalla confusa disposizione del Codice vigente (1865) „ (3). Che la nuova veste di cui fu adornato il principio adombrato nell'art. 657 del Codice cessato, sia ciò che v'ha di meglio in fatto di lucidità e di chiarezza d'espressione non ci vien fatto di poterlo dire. Perchè, il principio raccolto nell'attuale art. 789 non è più quello del Codice cessato, ma è, invece, un principio che deriva da una concezione affatto diversa dei diritti dei debitori coobbligati fra di loro e dei diritti dei creditori di ciascuno di codesti condebitori, caduti in istato di falli-

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 516, § 4684.

(2) Cf. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 397, numeri 461, 462, 463.

(3) *Atti della Commissione*, 1869, tornata dell 18 marzo 1872 - Verbale 843.

mento. Difatti, il primo alinea dell'abolito art. 657 stabiliva che in caso di soverchianza di pagamento, risultante dalla somma di tutti i dividendi percepiti dal creditore comune nel suo concorso in tutte le masse dei fallimenti, quel sovrappiù, che non poteva esser lucrato a qualsiasi titolo dal creditore comune, dovesse ritornare proporzionalmente a tutte quelle masse che avessero pagato; la proporzione di questo reincasso delle masse era stabilita su ciò che esse avevano rispettivamente pagato, e sulla parte che era rispettivamente a carico dei falliti, come coobbligati. Poi, nel caso che i coobbligati si fossero gli uni agli altri legati con reciproca garantìa, l'eccedenza, verificatasi nella ipotesi sopra espressa, apparteneva, secondo l'ordine delle obbligazioni, alle masse dei fallimenti di quelli, fra i coobbligati, che avevano diritto di garantìa. Sicchè l'art. 657 non considerava in modo alcuno il caso formulato dall'art. 789 nel suo primo alinea.

Ma, abbandonando una discussione che perde ogni valore per l'avvenuta abolizione del Codice di commercio del 1865, vediamo che le disposizioni sancite nell'articolo 789 hanno carattere d'eccezione al principio che forma il cardine su cui gira codesto articolo. Il qual principio è recisamente formulato nelle parole stesse usate dal legislatore: " Nessun regresso per i dividendi pagati è accordato ai fallimenti dei coobbligati, gli uni contro gli altri „. Nè si capisce come nel verbale 843 della Commissione del 1869 (1) si legga, su questo proposito, che " . . . questa non è una eccezione alla regola precedente... „, alla regola cioè del non regresso confrontata colla ipotesi di regresso in favore delle masse dei fallimenti contro le masse dei fallimenti. Gli autori (2), invece s'accordano nell'intravvedere, nella disposizione di questo art. 789, corrispondente, in parte, all'art. 543 del Codice di commercio francese, una deroga al principio che regola la solidarietà dei condebitori nel diritto comune, deroga che riconduce " ... il diritto nell'orbita della giustizia „ (3). Noi non ripeteremo gli esempi pratici che gli autori, per rendere più perspicua la qualità e l'entità della deroga fatta al diritto comune in fatto di solidarietà, espongono nei loro trattati, sembrandoci ciò superfluo, quando si entri ben profondamente nella non serrata compagine del diritto civile.

Il principio a cui si è derogato dal legislatore del Codice di commercio è quello contenuto nell'art. 1198 del Codice civile italiano, pari all'art. 1213 del Codice Napoleone. Dice, codesto articolo 1198, che l'obbligazione contratta in solido verso il creditore si divide di diritto tra i debitori; questi non sono fra loro obbligati, se non ciascuno per la sua parte. Le conseguenze naturali di questa disposizione, portate nel campo del diritto commerciale, porterebbero ad una conclusione opposta a quella cui tende l'art. 789. Perchè, mentre in esso è principio che i debitori coobbligati paghino ciascuno dell'intero ammontare quella quota proporzionale che verrà assegnata al comun creditore come dividendo, rimanendo poi liberati dalla obbligazione, potendo per questo credito valersi delle disposizioni della legge commerciale favorevoli al fallito che paga i suoi creditori, come la cancellazione dall'albo dei falliti; per l'art. 1198 del Codice civile, nessun debitore sarebbe obbligato oltre quella parte che gli spetta nel debito proporzionalmente agli altri condebitori; e si libererebbe pagando con moneta di fallimento quei dividendi pro-

(1) Tornata 15 marzo 1872.

(2) Vedi: VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 517-18, § 4685; BORSARI, op. cit., vol. II, n. 1892; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 398, n. 465; PAGANI, op. e fasc. cit., pag. 118, n. 25; RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 181; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 255, n. 1843; BRAVARD-VEYRIÈRES, vol. II, pag. 591 e seguenti.

(3) VIDARI, op. e fasc. citati.

porzionali che competerebbero al creditore dell'obbligazione solidale, come a tutti gli altri creditori in condizione diversa. Ma allora, applicato il principio dell'art. 1198, un creditore dei coobbligati volendo regredire (per mezzo del curatore trattandosi di massa di fallimento) contro un altro obbligato, pure fallito, per il comune debito della quota che a lui spetta, si presenterebbe il caso di un creditore che lucrerebbe i dividendi due volte nello stesso fallimento e con le stesse ragioni. Ciò s'intese evitare e da qui fu necessaria la deroga al principio dell'art. 1198, sancita nella prima proposizione dell'art. 789 (1). Sicchè, pel diritto civile la regola dei diritti reciproci dei condebitori solidali è data dall'art. 1198; e la regola analoga, ma nel solo caso di fallimento, è quella che forma il principio dell'articolo che esaminiamo nel Codice di commercio.

348. *Regresso delle masse l'una contro l'altra. — Condizione dell'esercizio del diritto di regresso. — Proporzionalità del rifacimento chiesto nell'azione di regresso.* — Ma la rigidità del principio a cui s'informa l'articolo in esame subisce ben tosto, come già abbiamo accennato nel precedente numero, tre eccezioni tutte dipendenti da quella o da quelle ipotesi più sopra chiarite. Il legislatore, nel caso che il comun creditore per la molteplicità delle adizioni ai fallimenti dei suoi condebitori abbia riscosso una somma complessiva uguale o maggiore di quella che gli si competa pel suo credito, stabilisce che se le masse di fallimento che pagarono diano un dippiù, si rifacciano, per via di regresso contro le masse che non pagarono, di quanto hanno pagato senza che ciò spettasse loro; se vi è superfluo, e se tutte le masse hanno pagato, si divida tra loro proporzionatamente; o, in caso i coobbligati siano garanti gli uni degli altri, si devolva, secondo l'ordine delle obbligazioni, alle masse dei fallimenti di quei coobbligati che hanno diritto di essere garantiti. Quest'ultimo caso è il solo che sia considerato dall'art. 543 del Codice commerciale francese; che è fra i più limitati nel creare eccezioni al principio del non regresso delle masse dei fallimenti, le une contro le altre (2). Le condizioni che il primo comma dell'articolo 789 richiede per rendersi applicabile, sono espresse tassativamente dallo stesso legislatore. Sono: che il pagamento dell'intero credito, capitale ed accessori (valor nominale), sia stato pagato; che sia stato pagato da una o da più delle masse coobbligate; che il creditore, per siffatto pagamento, non abbia più azione contro le masse che non hanno pagato. Allora, le masse che hanno pagato possono ripetere dalle masse di fallimento, che non concorsero nel pagamento, quella somma che è data dalla proporzione sulla parte del debito che hanno pagato e di quella che era rispettivamente a carico di ciascuna. — Codesta eccezione, che il legislatore commerciale ha fatto al principio fissato nello stesso art. 789, è fondata nel principio della divisione *ipso jure* dell'obbligazione contratta in solido verso il creditore (art. 1198 Cod. civ.); principio che ha per effetto immediato la sanzione dell'articolo 1199 dello stesso Codice civile, che riconosce nel condebitore che ha pagato l'intero debito, il diritto di ripetere dagli altri condebitori la porzione dovuta da ciascuno di essi. Che quello, poi, che il legislatore commerciale ha stabilito col disposto del

(1) PARDESSUS, op. cit., vol. II, n. 1225; LAIRMÉ, *Faillites et Banqueroutes*, pag. 346; SAINT-NEXENT, op. cit., pag. 337.

(2) Art. 543 Codice comm. francese: " Aucun recours pour raison de dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les uns contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet excédent sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants ".

primo alinea dell'art. 789 del Codice, sia una conseguenza del principio accolto nei due riferiti articoli del Codice civile, lo si conferma considerando che il legislatore commerciale non concede, già, regresso alla massa od alle masse che hanno pagato il comun creditore fino a completa tacitazione, per la somma realmente pagata, ma soltanto per quell'eccesso di pagamento che fu fatto in causa della qualità della obbligazione, quantunque spettasse ad altro coobbligato.

Le masse che hanno pagato vengono, così, ad essere surrogate nel diritto del comun creditore di presentarsi per l'intero pagamento a ciascuna delle masse dei suoi condebitori falliti; colla differenza, che il diritto che s'acquista alle masse che han pagato contro le masse che non pagarono, non si estende a tutt'intero l'ammontare del debito, ma solo a quella parte che dovrebbe pagarsi, nei casi normali, dai vari coobbligati, ora caduti in fallimento, per la divisione dell'intero debito (1).

349. *Addizione dei dividendi assegnati al creditore dei vari fallimenti. — Eccedenza della somma risultante dalla addizione del credito e devoluzione dell'eccedenza. — Ipotesi nel caso di garantìa reciproca tra i coobbligati. — Devoluzione dell'eccedenza alle masse di fallimento dei coobbligati di reciproca garantìa.* — Riuniamo sotto questo paragrafo la trattazione delle due eccezioni, contemplate dal legislatore commerciale, in caso di eccedenza nel pagamento integrale del debito al suo valor nominale.

La supposizione da cui traggono vita le disposizioni, contenute nell'ultimo comma dell'articolo in esame, è, che i dividendi percepiti dal comun creditore nelle varie masse di fallimento alle quali si presentò, superino, assommati, l'ammontare dell'intero debito, compresivi gl'interessi (art. 700 Codice di commercio). E siccome il comun creditore a nessun titolo può ritenere e lucrare un'eccedenza di capitale, provenutagli in causa del suo credito, ma non a ragione ed a complemento di esso; così, dovendo quel dippiù essere restituito, esso ritorna alle masse che pagarono, nella proporzione della parte del debito che hanno pagato e di quella che era rispettivamente a carico

(1) A chiarire meglio questo diritto di regresso, riproduciamo dal Calamandrei l'esempio pratico ch'ei vi aggiunge: " ..... Tizio, Caio e Sempronio sono debitori in solido di lire 1000 verso Mevio. Falliscono. Mevio, in base all'articolo 788, ottiene lire 500 da Tizio e 500 da Caio; allora, sempre in forza dell'articolo 788 il quale dà diritto al creditore soltanto fino all'intiero pagamento e non più, Mevio non ha da far valere più alcuna pretesa contro la massa del fallimento di Sempronio. In questo caso non può più dirsi che contro la massa di Sempronio sia inammessibile un regresso per parte delle masse di Tizio e di Caio, e ciò perchè il credito di Mevio non è stato fatto valere nella massa di Sempronio, nella quale c'è sempre ancora un posto vacante, per dir così, destinato all'esercizio del diritto derivante da tale credito: e questo posto lasciato vacante dal creditore Mevio, completamente soddisfatto, può essere occupato, mediante azione di regresso, dalle masse di Tizio e di Caio. Supponiamo che nel caso suespresso, Sempronio sia emittente, Caio prenditore, Tizio girante, Mevio possessore di una cambiale. Ora, siccome a carico di Caio e di Tizio non v'era nessuna somma, giacchè essi erano soltanto garanti, mentre Sempronio era il vero debitore principale: così, avendo ciascuno di essi pagato lire 500 che a loro non facevano carico, faranno ciascuno un regresso per lire 500 contro la massa di Sempronio..... Supponiamo invece che di un debito solidale di L. 1000 Caio avesse carico di L. 400, Tizio di L. 300, Sempronio di L. 300: ammesso che i fallimenti di Tizio e di Caio abbiano pagato L. 500 per ciascuno, Tizio che ha pagato L. 500 invece che L. 300 di cui era debitore, farà valere un regresso per L. 200, Caio che pagò L. 500 invece che L. 400 di cui era debitore farà valere un regresso per L. 100: i quali regressi delle masse di Caio e di Tizio sono precisamente " in proporzione della parte del debito che hanno pagato e di quella che era rispettivamente a carico di ciascuna „ come si esprime l'articolo in esame „ (op. cit., vol. I, pag. 399-400, n. 416).

di ciascuna. Così dispone il legislatore, e la cosa pare più chiara di quello che sia in effetto (1).

Diffatto, se tutte le masse di fallimento concorsero nella proporzione che loro spettava a tacitare il creditore comune, e si verificò un eccesso di pagamento; è evidente che la parte che eccedeva, ritorni alle masse nella stessa proporzione con la quale fu da esse sborsata. Ma suppongasi, per contro, che avendo pur tutte le masse pagato, alcune abbiano pagato in più ed altre in meno di quanto dovevano pagare in causa della obbligazione solidale dei condebitori. Allora noi ci troviamo di fronte alla contemporanea applicabilità dell'azione di regresso di parte delle masse contro le altre, e della devoluzione del superfluo proporzionalmente alle quote sborsate. Come si risolverà, in simil caso il quesito? Veramente, parrebbe che l'art. 789 non contempli tale ipotesi; anzi, più rigorosamente, che avendolo presentito abbia espressamente stabilito di non accordarvi sanzione. Perchè, il primo comma dell'articolo in esame, legiferando intorno alle condizioni per l'esercizio della azione di regresso di una o di più delle masse coobbligate che pagarono contro le masse che non pagarono, non permette, a tutto rigore, una ipotesi del genere di quella che abbiamo espressa: l'ipotesi, cioè, che un pagamento in più si verifichi casualmente (essendosi il comun creditore presentato a tutte le masse di fallimento dei suoi condebitori) da parte di una o più delle masse, in confronto delle altre. Tuttavia, data la possibilità, se non la probabilità, di un simile evento, non pare dubbio, che, la equità disposandosi al diritto, sia concessa alle masse che casualmente pagarono di più di quello che dovevano, la medesima azione di regresso, per le medesime considerazioni che spinsero il legislatore ad accordarla nel caso specificato al primo comma dell'art. 789. Allora, verificatasi l'ipotesi complessa da noi architettata, si presenta naturale la seguente soluzione: le masse, o la massa che pagò in più, eserciteranno la loro azione di regresso contro le masse che pagarono in meno, ottenendo il rifacimento all'infuori dell'eccedenza verificatasi nell'addizione di tutti i dividendi percepiti dal creditore comune: e il resto, di cui parla il legislatore, si devolverà, poi, a tutte le masse nella proporzione dalla legge stabilita. Oppure, con più semplice soluzione, potrebbe dirsi che il superfluo sia senz'altro devoluto, proporzionalmente, a quelle tra le masse che pagarono in più, senza, però, che venga meno la loro azione di regresso verso le masse che pagarono in meno nel caso quel superfluo non le rifacesse per intero di ciò che sborsarono in più. Potrebbe, altresì, avvenire che l'eccedenza sulla somma dell'intero debito, avesse origine da uno o più pagamenti maggiori del dovuto, fatti da una o più masse, mentre le altre abbiano pagato, precisamente, quanto era loro dovuto. Verificandosi un simile caso, non riteniamo applicabile il principio stabilito dal secondo comma, prima parte, dell'articolo in esame. Una distribuzione proporzionale di quella eccedenza a tutte le masse che concorsero nel pagamento costituirebbe una grave ingiustizia a danno delle masse che pagarono il di più. Però, la più equa soluzione che si può presentare in una simile ipotesi, è quella del ritorno del di più pagato alle masse che lo sborsarono, nella stessa quantità e proporzione dello esborso. Spieghiamoci con un esempio pratico. Paolo è comun creditore, in causa d'una obbligazione solidale, di Tizio, Sempronio, Caio, Mevio e Pietro. Caduti tutti costoro in fallimento, Paolo si presenta, in forza dell'art. 788, a tutte le

(1) Di questa poca chiarezza s'è accorto il DE FEO nell'opera digià citata: ei loda il sistema seguito dal legislatore italiano; e noi godiamo di essere d'accordo con l'egregio autore se non in tutte, almeno nelle più e più importanti illustrazioni a questi articoli, dal 788 al 791.

masse. Riceve pel suo credito, che ammonta nominalmente a lire 5000, da Tizio, Caio e Pietro lire 1000 cadauno; da Sempronio lire 1300 e da Mevio lire 1500. Si verifica, allora, un eccesso di lire 800 che Paolo non può ritenere. Se le lire 800 si dividono come vorrebbe il legislatore all'art. 789 secondo alinea, prima parte, i cinque condebitori riceveranno una rifusione di L. 160 cadauno; rifusione che, per Tizio, Caio e Pietro, sarà un guadagno senza motivo di L. 160; mentre Sempronio perderà lire 140 e Mevio L. 340. Allora ognun vede che la equità vuole che soltanto Mevio e Sempronio riabbiano quanto pagarono in più e lo riabbiano appunto nella stessa misura con cui pagarono; cioè, 300 lire a Sempronio e 500 lire a Mevio (1).

L'art. 789 nell'ultima parte del suo secondo alinea suppone, come già il Codice di commercio del 1865 nell'ultimo comma dell'art. 657, e l'art. 543 del Codice commerciale di Francia, che, verificandosi dall'addizione di tutti i dividendi, percepiti dal comun creditore, un eccesso di pagamento, vi sieno dei condebitori che hanno fatta garantìa per altri coobbligati nella stessa obbligazione solidale. Allora, "il resto appartiene, dice quest'ultima parte del secondo comma dell'art. 789, secondo l'ordine delle obbligazioni, alle masse dei fallimenti, di quei coobbligati che hanno diritto di essere garantiti „. Codesta ipotesi ha la sua ragione principale nelle modalità, garantie e girate delle cambiali; si potrebbe, quasi, dire che è ad esse esclusiva. Può darsi, infatti — cosa che avviene spesso — che l'emittente d'una cambiale abbia dopo di sè un prenditore ed un girante (2). Allora il prenditore sta a garantìa del girante e, nel caso contemplato dall'articolo in esame, se si verifica un superfluo nel pagamento del comun creditore, siccome è il girante che ha diritto d'essere garantito dal prenditore, quel superfluo ricade totalmente alla massa del suo fallimento (3). Ben s'intende che, ove il superfluo supposto dal legislatore superi quanto può pretendere il garantito migliore, quanto rimane dopo il costui soddisfacimento ricade ai garantiti in condizione immediatamente migliore; e così via via fino che sia esaurita tutta l'eccedenza.

Art. 790.

Se il creditore possessore di obbligazioni in solido tra il fallito ed altri coobbligati ha ricevuto, prima del fallimento, una parte del suo credito, egli non può essere compreso nella massa che con deduzione della parte ricevuta, e conserva per ciò che gli rimane dovuto i suoi diritti verso i coobbligati o fideiussori.

Il coobligato o il fideiussore del fallito che ha pagato in parte il debito solidale è compreso nella massa per tutto ciò che ha pagato

(1) Una ipotesi simile sembra accennata dal VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 519, § 4686; non ardiremo dire che sia identica; perocchè non pecca, nella sua esposizione, di soverchia chiarezza.

(2) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 400, n. 468.

(3) RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 177 e segg.; BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 287, n. 811; ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 255 e seguenti; PARDESSUS, op. cit., vol. II, n. 1215 *ter*; ESNAULT, op. cit., vol. II, n. 510; BRAVARD-VEYRIÈRES, op. cit., vol. II, p. 591 e seguenti. Stesso: *Examen critique et comparatif*, ecc., pag. 135.

a scarico del fallito. Tuttavia il creditore conserva il diritto di prelevare sino all'intiero pagamento il dividendo che sarà per essere assegnato al coobbligato o fideiussore, restringendo in tal modo le sue azioni verso lo stesso coobbligato o fideiussore a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo riscossi i due dividendi.

Art. 791.

Il coobbligato o il fideiussore del fallito, che, per sicurezza della sua azione di regresso, ha sui beni di questo un diritto condizionato d'ipoteca o di pegno, è compreso nella massa del fallimento per la somma per la quale ha ipoteca o pegno; ma questa somma si confonde con quella domandata dal creditore nel fallimento, e quindi è computata una sola volta nel calcolo della maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento.

Il prezzo dei beni ipotecati o del pegno appartiene al creditore in deduzione della somma che gli è dovuta.

Sommario.

350. *Applicazione dell'articolo* 788 *colle modificazioni recatevi dall'articolo* 790, 1° *alinea.* — *Conservazione dei diritti del creditore comune verso i coobbligati.* — *I fideiussori e la fideiussione.*

351. *Ammessione alla massa del fallimento, del coobbligato; del fideiussore.* — *Condizioni dell'ammessione.*

352. *Diritti del comun creditore sui dividendi assegnati al coobbligato o al fideiussore.* — *Limitazione delle azioni che competono al creditore.*

353. *L'articolo* 791 *e gli articoli* 767; 771 *a* 775; 776 *a* 779; 809. — *Ancora l'art.* 791 *e gli articoli* 719, 794, 809, 828 *e* 833.

354. *L'ipoteca e il pegno* sub condicione. — *Qualità della condizione.*

355. *Somma per cui il creditore coobbligato o fideiussore è compreso nella massa del fallimento.* — *Computo di questa somma pel calcolo della maggioranza nelle deliberazioni dei creditori del fallimento.*

356. *A chi appartiene il prezzo dei beni ipotecati o del pegno.* — *Questo prezzo si deduce, pagandolo, dalla somma dovuta al creditore.*

350. — *Applicazione dell'articolo* 788 *colle modificazioni recatevi dall'articolo* 790, 1° *alinea.* — *Conservazione dei diritti del creditore comune verso i coobbligati.* — *I fideiussori e la fideiussione.* — La regola che abbiam veduta sancita nell'articolo 788, relativa ai diritti del comun creditore del fallito o dei coobbligati in solido, secondo la quale il creditore può presentarsi per lo intero ammontare del suo credito, compresi gli interessi, soffre una limitazione per ciò che sancisce l'articolo 790, che ora prendiamo in esame. Il quale è la ripetizione dell'articolo 658 del Codice abolito; ed è identico all'articolo 544 del Codice di commercio vigente in Francia. La ragione del disposto dell'articolo 790, sta in ciò che il creditore può aver ottenuto, da ciascuno

o da uno fra i coobbligati, una quota del suo credito, in modo che il primitivo ammontare di esso si trovi ridotto ad una somma più esigua. In simil caso siccome ei non può più pretendere l'integrale pagamento, ma solo il pagamento del residuo credito, così è tenuto a non presentarsi ai singoli fallimenti dei suoi condebitori che per quella somma che risulta fatta deduzione, dall'intero credito, di ciò che ricevette antecedentemente.

Il Calamandrei (1), rilevata " l'infelice redazione del primo alinea dell'articolo che esaminiamo ..... „, redazione che può sollevare un dubbio riguardo alla interpretazione delle parole " prima del fallimento „, avverte che devesi ritenere, essere il comun creditore nelle stesse condizioni a cui si riferisce l'articolo in esame, tanto se ricevette una quota di pagamento, prima della dichiarazione di fallita e della cessazione dei pagamenti, con danaro proprio dei coobbligati, quanto se fu pagato dopo la cessazione dei pagamenti e con danaro di fallimento: quindi ei non potrà presentarsi, anche in quest'ultimo caso, che come creditore di quella somma che realmente non gli fu pagata. La giurisprudenza francese ritenne invece che non si possa calcolare in deduzione quanto il comun creditore abbia ricevuto prima del fallimento a cui concorre attualmente, ma come dividendi di uno dei coobbligati (2). A noi non sembra giusta l'applicazione di questo principio; in quanto che *leges non verbis sed ipsis rebus intelliguntur;* per cui, il creditore che abbia ottenuta da un coobbligato una quota di quel credito in causa del quale egli era solidale con altri condebitori, non può proporre come intero il debito dacchè, appunto, una quota di esso, o con danaro ordinario o con danaro di fallimento, gli fu pagata: e la intenzione più verosimile del legislatore pare quella di aver riguardo alle effettive diminuzioni del debito primitivo, comunque sieno avvenute, piuttosto che alla qualità giuridica di esse. Sarebbe, d'altro lato, mostruoso che essendosi verificati i fallimenti dei coobbligati l'un dopo l'altro e non contemporaneamente, il comun creditore, che essendo concorso, come lo autorizza l'art. 788, avesse ottenuto un parziale soddisfacimento del suo credito con danaro di quelle fallite, potesse poi presentarsi negli altri fallimenti successivi dei coobbligati, per l'intero credito, con la scusa addotta dalla Cassazione francese, che i pagamenti a cui allude la legge (Codice commerciale francese, articolo 544; italiano, articolo 790) devono esser fatti con moneta ordinaria e non con moneta di fallimento.

Altra osservazione, che non manca di una certa importanza è quella relativa al caso in cui uno dei coobbligati abbia pagato al comun creditore per intero, la quota che gli doveva sul debito solidale. Allora è evidente che, in caso di fallimento di questo condebitore, nessuno degli altri condebitori che si trovino a dover pagare le altre quote del debito comune può aver azione di regresso contro di lui (3).

Una sentenza della Cassazione di Torino (4) limita in un modo veramente assurdo il diritto dei condebitori che, per l'art. 790, si trova in cozzo col diritto del comun debitore. La suprema Corte torinese, interpretando le parole " il creditore di obbligazioni in solido tra il fallito ed altri coobbligati „ come formula necessaria per l'esercizio del

(1) Op. cit., vol. I, pag. 402-3, n. 470-71. — Vedi su ciò la Sentenza 17 dicembre 1886, Appello di Genova (*Diritto commerciale*, vol. V, colonn. 368 e seguenti). — Di questa sentenza vedere la critica del Sacerdoti nel *Diritto comm.*, vol. VI, col. 33 e seguenti.

(2) Cassazione 24 giugno 1851: Appello di Rouen, 27 aprile 1861; SIREY, *Journal du palais*, 1851, I, 561; 1862, II, 121.

(3) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 520 e seg., § 4687-IV e seguenti.

(4) Sentenza 18 marzo 1885 (*Diritto commerciale*, vol. VIII, colonn. 383 e seguenti).

diritto sancito all'articolo 790 (658 del Codice cessato), ha potuto sentenziare che " l'articolo 658 dell'abrogato Codice di commercio, conforme all'attuale articolo 790, dichiarando che, se il possessore di obbligazioni in solido tra il fallito ed altri coobbligati ha ricevuto, prima del fallimento, parte del suo credito non può essere compreso nella massa che con deduzione della parte ricevuta, *contempla il solo caso del fallimento di tutti i coobbligati* ". La futilità delle ragioni che si adducono nella motivazione di codesto sproposito giuridico, è pari solo alla deduzione che abbiamo riferito. Si è creduto dall'estensore di questo monumento di ermeneutica giuridica, che l'aver il legislatore parlato di fallito e di coobbligati solidali con lui, in causa di un comun debito, equivalga all'aver estesa la particolarità del fallimento a tutti i coobbligati come condizione necessaria all'applicazione dell'articolo 790. Quale sia, invece, il valore della frase usata dal legislatore, e quale l'assurdo di una simile sentenza, infiorata da anche più stiracchiate relazioni con gli articoli 728 del Codice commerciale e 1254 Codice civile, non v'è chi non lo veda ed io per ciò " parole non v'appulcro ". Resta per noi che l'art. 790, nella disposizione del suo primo alinea, è assolutamente applicabile al caso del fallimento di anche uno solo dei coobbligati: essendo, come già dicemmo, la disposizione di questo articolo rivolta all'effettiva diminuzione avvenuta nel primitivo ammontare del credito e non all'evento della fallita di tutti i coobbligati (1).

Vediamo che il legislatore in questo primo alinea dell'articolo 790, parla, oltre che di coobbligati, di fideiussori. Ora, non riteniamo inutile spendere alcune brevissime parole su ciò che sia la fideiussione, e su quali obblighi incombono al fideiussore.

La fideiussione, secondo il nostro Codice civile, è un vincolo in forza del quale una persona, il fideiussore si obbliga verso il creditore di un'altra persona a soddisfare a quella obbligazione, in caso non vi soddisfi questa persona. La natura, estensione, validità e qualità della fideiussione sono e devono essere uguali e dipendenti dalla obbligazione principale; però non è necessario il consenso dell'obbligato principale perchè il fideiussore stipuli validamente la fideiussione. Il fideiussore non è tenuto a pagare pel debitore principale che in caso della costui provata insolvenza; e il creditore deve escutere prima il debitore principale eccetto che sia stato stipulato di non escuterlo o la obbligazione dei due debitori sia solidale. Però, il creditore non è tenuto ad escutere il debitore principale che nel caso il fideiussore ne abbia fatta espressa istanza nei primi atti promossi contro di lui. Se più sono i fideiussori costoro sono tutti e ciascuno tenuti per l'intero debito. Però, possono far istanza che la obbligazione venga divisa, ed allora ognuno di essi è tenuto soltanto per quella quota assegnatagli. Il fideiussore, che ha pagato sia l'intero debito che la parte a lui assegnata nella divisione, ha azion di regresso verso il debitore principale e diventa per questa guisa suo creditore; ciò anche se il debitor principale nulla sapeva della prestata sicurtà: ed il regresso comprende capitale, interessi e spese, e anche danni, qualora ne abbia risentiti.

Il fideiussore che pagò il debito sottentra in tutti i diritti del creditore contro il debitore

(1) Una tale interpretazione della legge non sarebbe forse stata possibile se il legislatore italiano avesse, come il francese, usato al singolare e non al plurale le qualifiche di coobbligato e fideiussore. Su questo diritto del comun debitore, consultisi la dottrina francese, più chiara, copiosa ed autorevole della italiana. — RENOUARD, vol. II, pag. 183 e segg.; PARDESSUS, op. cit., vol. II, n. 1216; VINCENS, op. cit., pag. 525; DALLOZ, op. e voce cit., p. 198; ALAUZET, op. cit., vol. IV, p. 266 e segg., § 1846.

principale; ed essendovi più debitori principali coobbligati, il fideiussore ha regresso contro tutti e contro ciascuno per l'intera somma che ha pagata. Tuttavia, se il fideiussore pagò e pagò pure il debitore principale, non ha il fideiussore alcuna azione di regresso contro il debitore principale. Al fideiussore, anche se non ha ancor pagato, è accordato il diritto di agire contro il debitore principale onde essere rilevato da lui, in alcuni casi dalla legge enumerati (Codice civile, art. 1919), fra i quali, il caso in cui il debitore principale sia fallito o si trovi in istato di non solvenza.

Le cause di estinzione delle altre obbligazioni giovano anche alla fideiussione. Il fideiussore può opporre al creditore tutte quelle eccezioni che spettano al debitore principale, eccetto quelle che sono personali a costui. Il fideiussore è liberato quando, per fatto del creditore, non può aver luogo a favore di esso fideiussore la surrogazione in tutte le ragioni d'ipoteca, e privilegio del creditore. Il fideiussore resta liberato se il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito, quando anche in seguito esso creditore soffra l'evizione della cosa.

Veduti così i diritti e gli obblighi del fideiussore in confronto del creditore e del debitore principale, proseguiamo nell'esame della applicazione che possa avere l'istituto della fideiussione nella procedura del fallimento.

Si noti, poi, che il fideiussore, secondo l'articolo 40 del Cod. di commercio, anche non commerciante, che garantisce una obbligazione commerciale, si presume tenuto in solido con gli altri fideiussori. Ciò è conforme all'art. 1911 del Codice civile.

351. *Ammessione alla massa del fallimento del coobbligato; del fideiussore.* — *Condizioni dell'ammessione.* — Il secondo alinea dell'articolo in esame dice che il coobbligato o il fideiussore del fallito, il quale ha pagato in parte il debito solidale, è compreso nella massa per tutto ciò che ha pagato a scarico del fallito. Codesta disposizione della legge commerciale trova la sua origine nella legge civile; nella disposizione, cioè, dell'articolo 1254 del Codice civile, non meno che nell'articolo 1915 e seguenti dello stesso Codice. Estinto per la efficacia della obbligazione solidale o della fideiussione il debito e disinteressato il creditore comune, le ragioni di costui si trasferiscono nei coobbligati o nei fideiussori che soddisfecero alla obbligazione: da ciò la sanzione che si esamina, contenuta nel Codice di commercio.

Parrebbe, dalla redazione di questo comma dell'articolo 790, che i coobbligati e i fideiussori avessero soltanto diritto a valersi della sanzione a lor favore raccolta in codesto articolo, nel caso in cui il pagamento del debito solidale fosse stato fatto, da loro bensì, ma in parte. Tale sarebbe la lettera della legge. Se non che qui si applica il concetto essenziale che scaturisce dalla ricerca della paternità giuridica dell'articolo 790. E si dice: Se, in ossequio a quanto è stabilito nel comune diritto, il coobbligato fideiussore che pagò in parte il debito di cui era solidale o pel quale avea prestato sicurtà, ha diritto ad essere compreso nella massa per quanto pagò, a discarico del fallito, *a fortiori* troverà applicazione il principio completo da cui partì il legislatore commerciale: e, cioè, il coobbligato, e meglio il fideiussore che pagò interamente il debito a discarico del fallito avrà ragione d'essere compreso nella massa Qui convien notare che il secondo comma dell'art. 1254 del Codice civile (1), non tro-

(1) Art. 1254 Codice civile: " La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fideiussori quanto contro i debitori.

" Il creditore, che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto ".

verebbe più applicazione; perchè il creditore comune, essendo completamente soddisfatto, trasferisce per intero le sue ragioni in colui che gli fece il pagamento; mentre, nel solo caso direttamente considerato dal disposto dell'art. 790, secondo alinea, del Codice di commercio, si avrà la concomitanza nel concorso sulla massa del fallimento, come è preveduto dall'art. 1254 del Codice civile. Anche nel caso di divisione tra i condebitori solidali od i fideiussori dell'intera somma del debito, in modo che ciascuno di essi sia tenuto, verso il comun creditore, per una sola quota del debito, avvenendo che il fideiussore o il coobbligato abbia pagato più della quota che a lui spettava, avrà costui diritto di concorrere nella massa del debitore principale fallito, non per la sola quota pagata, ma anche per il di più che sborsò (1): dovendosi intendere che il diritto delle masse di riavere quello, che, per la somma dei dividendi percepiti dal creditore, segnasse un'eccedenza sull'ammontare del debito al suo valor nominale (art. 789), si estende indirettamente anche ai condebitori o fideiussori, che non sono caduti in fallimento.

Sembra inutile avvertire che, sebbene la disposizione in esame non consideri il caso di fallimento del coobbligato o fidejussore, che pagarono parte o tutto il debito solidale, le masse del costoro fallimento, subentrando nei loro diritti come nei loro obblighi, avranno diritto di valersi di quello che il legislatore ha concesso al loro *autore*.

Le condizioni per le quali si rende applicabile il disposto dell'articolo in esame, sono facili a raccogliersi dalla semplice lettera della legge. Necessita che esista una obbligazione solidale e garantita da fideiussione: che il comun creditore si sia rivolto al coobbligato o al fideiussore, e che costoro abbiano pagato il debito solidale in tutto o in parte: che il debitore principale sia in istato di fallimento: che la domanda di ammessione al passivo sia accolta a favore dei concorrenti.

Si presenterebbe una questione relativa al diritto del debitore coobbligato di concorrere contro il debitore fallito per quanto egli pagò. L'articolo 1198 del Codice civile, sull'obbligazione solidale, dice che dividendosi di diritto l'azion solidale tra i varii coobbligati, ognuno è obbligato per la sua parte, e fra loro non sono obbligati che per questa parte; ed aggiunge poi l'artic. 1198 dello stesso Codice che chi pagò l'intero debito è il solo che può ripetere contro gli altri condebitori e soltanto per ciò che a lui non si spettava di pagare. Dato, ora, il sistema della obbligazione solidale com'è stabilito nel nostro Codice civile, secondo cui uno solo fra tutti i condebitori può essere dal comun creditore convenuto per il pagamento dell'intero credito, nè questo può opporgli il benefizio della divisione; date le due citate disposizioni delli articoli 1197 e 1198 del Codice civile; data la disposizione riguardante il coobbligato, raccolta nell'articolo 790, secondo alinea, del Codice di commercio, ne viene di legittima conseguenza che siffatta disposizione non è, per quanto ha tratto col condebitore per obbligazione solidale, applicabile che nel caso in cui un condebitore, convenuto dal creditore principale, non solo abbia pagato la quota che spetta a lui, ma una parte maggiore del debito od anche tutt'intero il debito. Allora, non potendo certo presentarsi per essere ammesso alla massa del condebitore fallito, quando abbia pagata la sola quota che a lui si spettava, perchè tale pagamento gli era imposto dalla qualità stessa dell'obbligazione, si deve concludere che la disposizione del secondo alinea dell'articolo in esame, quanto al coobbligato, non è applicabile che al caso in cui il comun creditore abbia preteso o il coobbligato abbia fatto un pagamento maggiore

(1) Cfr. VIDARI, op. cit., vol. VIII, p. 522, § 4688.

di quello che era tenuto a fare per l'articolo 1197: quindi, cercando l'ammessione alla massa del condebitore fallito, il coobbligato, che pagò, non vi sarà già ammesso per la parte che doveva pagare, in forza della divisione dell'obbligazione solidale, ma solo per la parte che pagò in più, sostituendosi, o volontariamente o forzatamente, al condebitore fallito, non in confronto del comun creditore, bensì in confronto degli altri coobbligati. L'aver il legislatore commerciale raccolto, nella stessa disposizione, il coobbligato per obbligazion solidale e il fideiussore, fa luogo alla confusione che noi cercammo di dissipare con quanto siamo venuti dicendo: ed è questo un nuovo e grave difetto della legge commerciale sul fallimento, difetto che non fu rilevato dagli autori. Pel fideiussore, invece, ed anche, forse, pel coobbligato che si trovano in obbligazione solidale, qual'è contemplata all'articolo 1201 del Codice civile, essendo concesso il regresso verso il debitor principale per tutto il debito come per ogni sua singola porzione, è sempre applicabile ciò che ha stabilito il legislatore commerciale. Altre questioni si potrebbero trattare riguardo al coobbligato che si trovasse nelle condizioni richieste dal secondo alinea dell'articolo 790; ma, per brevità, preferiamo ometterle.

352. *Diritti del comun creditore sui dividendi assegnati al coobbligato o al fideiussore. — Limitazione delle azioni che competono al creditore.* — Prosegue l'articolo 790 stabiliendo, che il creditore comune conserva il diritto di prelevare, sino all'intiero pagamento, il dividendo che venga assegnato al coobbligato o fideiussore, restringendo, però, in tal caso, le sue azioni verso lo stesso coobbligato o fideiussore a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo riscossi i due dividendi. Questa nuova disposizione dell'articolo 790 del Codice commerciale necessita, per ben intenderla, alcune dichiarazioni. Sappiamo, per quello che si è già detto nel precedente paragrafo, che la disposizione dell'art. 1254 del Codice civile forma la base su cui il legislatore commerciale ha costruito l'articolo 790. Ma in codesta disposizione di quell'articolo vengono richiamati per intero i principii che governano i rapporti dei condebitori o fideiussori fra loro e verso il debitore principale non meno che verso il comun creditore. Sicchè qui vediamo palesemente, come il coobbligato o il fideiussore, i quali, in apparenza, sembrano avvantaggiati in confronto del fallito dalla disposizione dell'articolo 790, esaminata nel precedente paragrafo, altro non sieno, in sostanza, che due specie d'agenti degli interessi patrimoniali dei comuni creditori; due specie di alvei pei quali scorre, senza lasciar traccia di sè, il capitale che si riversa negli scrigni rapaci del comun creditore, nè questa riscossione effettuata a proprio favore dal creditore comune sulla massa del fallimento pel transito del coobbligato o del fideiussore, spegne il suo diritto verso costoro.

Questo diritto si conserva; soltanto viene a subire una limitazione che lo restringe ad esercitare le sue azioni contro il coobbligato o il fideiussore solo per quel residuo di cui rimanga ancor creditore dopo riscossi i due dividendi. Sulla interpretazione da accordarsi all'articolo 790, in questo punto, la giurisprudenza si è finora tenuta ad un sistema forse troppo rigoroso pel creditore.

L'appello di Genova, in una sentenza diggià citata (1), ha stabilite queste massime: « Il creditore possessore di obbligazioni in solido tra il fallito ed altri coobbligati, se ha ricevuto prima del fallimento una parte del credito, non può concorrere che pel resto, salvo a prelevare quello che rimane ad avere sulla quota assegnata ai coobbligati.

(1) 17 novembre 1887 (*Diritto commerciale*, vol. v, colonna 368).

Se poi ha ricevuto parte del credito dopo il fallimento, ha diritto di concorrere per l'intiero credito e conserva il diritto di prelevazione sulle quote spettanti ai coobbligati.

Se però il creditore stesso concorre sulla quota del suo coobbligato con un creditore particolare di questi, deve dividere con lui la quota spettante al debitore comune. Contro esse scrisse, fra gli altri, il Sacerdoti trovando che la Corte ha espresse due ragioni che in sè hanno troppo poca consistenza: " ..... la prima riposa, dice il Sacerdoti (1), sopra una meno retta interpretazione dell'articolo 790, poichè se parlando di *prelevazione* viene desso ad alludere al caso più ovvio, in cui il coobbligato o fideiussore siasi da sè portato nel fallimento, è implicito però in tale disposizione il riconoscimento del privilegio, e quest'ultimo quindi va da sè che possa esercitarsi comunque in forma diversa da quella della prelevazione, anche nel caso di pignoramento della somma in mano del curatore del fallimento, effettuato, sia, come suppone la sentenza in esame, da chi è per lo stesso titolo creditore anche verso il fallito, sia anche da un terzo qualsiasi creditore solamente in confronto del coobbligato o fideiussore. Si viene in tal modo ad accettare un necessario sottinteso al precetto legislativo, e non già ad interpretare estensivamente la legge, ciò che a ragione la sentenza nega possa farsi in punto d'ammissione di privilegi. E così cessa d'aver luogo l'asserita assurdità d'un privilegio fatto dipendere da una circostanza del tutto inetta a giustificarlo.

" Per ciò che concerne poi il secondo motivo, ne pare una gratuita asserzione il dire che l'articolo 791 differisce totalmente nel suo presupposto dall'articolo 790 (2) e va di conseguenza risguardato quale una norma affatto speciale, che, data per il caso particolare del coobbligato o fideiussore avente a sanzione del suo regresso con diritto d'ipoteca o di pegno importa esclusione dal suo disposto d'ogni diverso caso. E diffatti, qual mai può essere il presupposto per un diritto di preferenza sopra il ricavato da oggetti vincolati ad un proprio debitore per titolo d'ipoteca o di pegno che non valga egualmente per la quota spettante ad esso debitore nella massa fallita in ragione del credito stesso, di cui quell'ipoteca o quel pegno sono l'accessorio, e dato ciò, come si può sostenere che l'articolo 791 abbia un presupposto inapplicabile alla generalità dei casi previsti dall'artic. 790? Al contrario, si deve dire che l'articolo 791 si presenta come l'applicazione ad un caso speciale d'una massima racchiusa nello articolo 790, viene, quindi, tutt'altro che ad oppugnare, a confermare nel modo più perspicuo l'ammissione in generale del privilegio del creditore sulla quota di rimborso spettante al coobbligato o fideiussore nel fallimento ".

A queste ottime critiche del Sacerdoti la Cassazione di Torino (3) dava piena conferma, cassando la sentenza dell'appello di Genova, e contrariamente a quella stabiliendo, che " il diritto attribuito dall'articolo 790 Codice di commercio al creditore del fallito, di prelevare sino all'intero pagamento il dividendo assegnato al coobbligato che ha fatto un pagamento parziale non vien meno per il concorso d'altri creditori del coobbligato che abbiano pignorato il dividendo stesso. Nè deve distinguersi se il pagamento parziale fu fatto dal coobbligato prima o dopo la dichiarazione di falli-

(1) Sull'interpretazione più retta dell'art. 790 Cod. comm. (*Diritto commerciale*, vol. VI, col. 33).

(2) Questa è l'opinione espressa dall'estensore della sentenza che vien qui oppugnata.

(3) 18 dicembre 1887, *ostens.* Pondoro (*Diritto commerciale*, vol. VI, colon. 199). — Codesta Sentenza, una fra le più elaborate e profonde delle nostre Cassazioni in materia commerciale, serve ora di indirizzo alla giurisprudenza.

mento „. La quale sentenza, se è commendevole per aver attribuito al diritto, sanzionato in favor del creditore comune dall'ultima parte del secondo alinea dell'articolo 790, un carattere di prelazione che, per la natura stessa del diritto, non può non essergli aderente, lo è tanto più nell'aver tolta di mezzo la sofistica ed arbitraria distinzione tentata dall'appello di Genova, tra il parziale pagamento fatto prima, e quello eventualmente fatto, dopo la dichiarazione di fallimento.

S'avverta, anche, in quest'ultima parte dell'articolo 790, che la differenza, dal Codice civile stabilita, tra l'istituto della obbligazione solidale e la fideiussione, porta a conseguenze assai diverse se si applicano i disposti dell'articolo in esame al condebitore d'una obbligazione solidale, di quello che accada applicandoli al fideiussore, per quanto l'art. 40 del Cod. di comm. abbia identificato le due specie di condebitori (1). Quest'ultimo ad esempio: subentrerà nelle ragioni del creditore comune contro il debitore principale interamente quando abbia pagato interamente il comun creditore: il coobbligato invece potrà far valere le sue ragioni di credito contro il fallito per quella parte sola del pagamento da lui effettuato a favore del comun creditore che eccede la quota che doveva essere pagata da lui. In caso di fallimento, il fideiussore fallito, e per lui il curatore a favore della massa, potrà respingere l'azione del creditore comune, costringendolo a rivolgersi al debitore principale; mentre il coobbligato non potrà mai rifiutarsi di pagare, quantunque fallito; quindi di ammettere al passivo del fallimento l'intero debito al suo valor nominale, solo la massa del suo fallimento potrà in alcuni casi regredire contro le altre masse o contro i condebitori non falliti.

Nel caso di fallimento del fideiussore che avesse pagata di già una parte del debito in luogo del debitor principale, il curatore del fallimento, potrà avanzare contro la massa di fallimento del debitore principale la nuova ragion di credito del fideiussore; ciò che non si potrà, in identico caso, dal condebitore. Tutte le altre differenze che esistono tra i due istituti del diritto civile che vediamo qui di fronte l'uno all'altro, dànno conseguenze e ben rilevanti in fatto dell'applicazione degli articoli qui esaminati.

353. *L'articolo* 791 *e gli articoli* 767; 771 *a* 775; 776 *a* 779; 809. — *Ancora l'articolo* 791 *e gli articoli* 719, 794, 809, 828, 833. — La serie numerosa degli articoli del Codice di commercio qui sopra numerati, comprende le disposizioni dal legislatore sancite per regolare l'ammessione al passivo del fallimento, l'esercizio derivante da tale ammessione di alcuni diritti particolari ai creditori garantiti da pegno o da ipoteca; la loro condizione di fronte alla contestazione sulla ammessibilità dei loro crediti al passivo; la loro posizione nelle successive distribuzioni dell'attivo della massa; i diritti e gli obblighi di cui sono rivestiti o gravati nelle deliberazioni e votazioni per il concordato; e, infine, tutte quelle altre sanzioni stabilite in pro od a limitazione del diritto privilegiato dei crediti che siano garantiti da pegno, ipoteca o privilegio.

L'articolo 791 dà un nuovo indirizzo ad alcuni diritti di cotali creditori del fallito; ciò, senza che vengano meno le norme comuni relative alla verificazione dei crediti ed alla loro ammessione al passivo. Perchè se l'articolo che ora si esamina considera come diggià avvenuta e pienamente efficace la ammessione al passivo del coobbligato o del fideiussore del fallito, con ciò non vuol dire che siasi derogato per codesti creditori alla comun procedura

(1) Il VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 510 a 599, ha tenuto lodevolmente distinti i coobligati dai fideiussori.

del fallimento. È ad osservarsi, tuttavia, che il creditore, che ha pegno od ipoteca sui beni del fallito nella sua qualità di coobbligato o di fideiussore, troverà ben più facili le prove della validità del proprio credito, in quanto che esse combaceranno perfettamente con le prove, relative alla formazione della massa di fallimento, ed alla esistenza tra il passivo del fallito di quella obbligazion solidale o garantita con fideiussione (1).

Se il coobbligato o il fidejussore che ha il diritto di pegno o d'ipoteca sul debitore fallito, cada in istato di fallimento, convien fare tosto una distinzione per ciò che riguarda gli effetti prodotti dal disastro commerciale del coobbligato, e quelli prodotti dal disastro analogo del fideiussore. Perchè il comun creditore, in forza dello articolo 788, ha diritto di concorrere in ambedue le masse di fallimento dei suoi condebitori, per l'ammontare del proprio credito a valor nominale: e l'articolo 789 vieta qualsiasi regresso d'una massa contro l'altra, nei fallimenti del coobbligato. Allora vediamo presentarsi in questo caso la inapplicabilità assoluta dell'articolo 791. Questo articolo diffatti suppone lo stato economico normale tanto del coobbligato quanto del fideiussore in confronto del fallimento del debitore; ed in codesta ipotesi le disposizioni in esso contenute hanno una vita propria indipendente dalle sanzioni degli articoli 788 e 789. Ma non appena si presentino le condizioni su cui si fondano quei due articoli hanno il sopravvento le disposizioni in essi contenute, e il diritto del coobbligato vien meno. Tuttavia si potrebbe domandare come abbia il legislatore sancito l'articolo 791 nella ipotesi che vi sia un pegno o un'ipoteca sui beni di un coobbligato in favore d'un altro. La obbligazion solidale, nella sua più astratta concezione, non sembra consentire una garantìa di simil genere in pro d'uno dei coobbligati; in quanto mancherebbe quella uguaglianza così assoluta, tanto nei diritti come negli obblighi tra i condebitori, che può considerarsi come la ragion prima della solidarietà, non meno che lo scopo del legislatore civile nel sancire le disposizioni che riguardano tale istituto nel Codice civile. Vero è che nell'articolo 791 del Codice di commercio si può intendere scritta l'allusione ad un caso particolarissimo: al caso, cioè, in cui un obbligato, avendo assunta la solidarietà per un affare che torna a solo vantaggio del debitore principale (Codice civile, articolo 1201) dovendo considerarsi come fideiussore, siasi garantito sui beni di colui al quale ha prestato sicurtà, pel caso in cui ei fosse convenuto per il pagamento del credito. Un'altra supposizione può essere avanzata: quella, cioè, in cui il coobbligato solidale siasi garantito, per l'azione di regresso, mediante ipoteca o pegno sui beni di altro coobbligato, nel caso in cui fosse costretto a pagare per intero il debito in solido. In quest'ultimo caso è indispensabile, per l'applicabilità del disposto dell'articolo 791, non solo che il coobbligato abbia pagato il creditore comune, per intero o per una parte; ma che il pagamento fatto superi la quota che al coobbligato convenuto pel pagamento si spettava in applicazione degli articoli 1197 e 1198 del Codice civile, in modo che si possa applicare l'articolo 790 nella prima parte del suo secondo alinea; e, da ultimo, che non sia egli stesso in istato di fallimento.

Così non si presenta la cosa quanto al vero fideiussore. Perchè costui, essendo tenuto a pagare, pure interamente, il debito a vece del debitore principale, ha però contro costui, anche per la più piccola parte del debito, azione di regresso; sicchè l'art. 791 sta per il fideiussore quando non sia anche esso in istato di fallimento, e quando, convenuto dal creditore per il pagamento, non abbia voluto o potuto rivolgerlo al

(1) Vedere su questo le ottime considerazioni del Nicola De Feo nell'opera più volte citata.

debitore principale comunque in istato di fallimento. Ma, dato che il fideiussore sia esso pure caduto in fallita quando il creditore si rivolge a lui per ottenere il pagamento del credito suo, la massa del fallimento del fideiussore respingerà, quando lo possa, il creditore che dovrà rivolgersi prima al debitore principale: e, se questa repulsione per i patti della prestazione di sicurtà non possa aver luogo, e la massa debba ammettere al passivo il creditore, tosto si presenterà con le sue ragioni di credito alla massa del fallimento del debitore principale, rendendo applicabile allora, e per intero, l'art. 790 nel suo secondo comma. Quanto alla garantìa, mediante ipoteca o pegno sui beni del debitore principale, che il fideiussore avesse a propria sicurezza stipulata, si potrebbe dubitare se, dato che il fideiussore respinga le velleità di esazione del creditore, rimandandolo al debitore principale, la garantìa imposta sui beni di costui, a beneficio del fideiussore per quello stesso credito, giovi al creditore comune. Di fronte al debitore principale si possono considerare due creditori: il creditore comune, e il fideiussore. La ragion di credito è una sola, la stessa. La garantìa reale caduta sui beni del debitore è stipulata in vista di quella ragion duplice di credito: parrebbe, quindi, giovasse al creditore qualunque sia la persona che lo esiga; tanto più che è nel pieno interesse del creditore, non meno che del fideiussore, che il pagamento si possa ottenere intiero dal debitore principale. Ma la disposizione dell'art. 1916 del Codice civile, che fa sottentrare, in tutte le ragioni del creditore soddisfatto, il fideiussore che pagò, non è convertibile a favor del creditore comune non pagato dal fidejussore. Di più, una espressa disposizione dell'art. 1906 dello stesso Codice civile, stabilisce che il fideiussore che respinge la escussione del creditore rivolgendolo al debitore principale, non può, nell'indicazione impostagli dei beni su cui il creditore può far valere i suoi diritti, comprendere quei beni del debitore principale, colpiti da ipoteca per cautela dello stesso debito; però, soggiunge lo stesso articolo, quei beni non devono essere più in potere del debitore. Quindi, senza troppo forzare la logica della interpretazione, si potrebbe concludere che, essendo ancora in potere del debitore principale, i beni che il fideiussore ha colpiti di ipoteca a garantìa propria, nel caso esso fideiussore si rifiuti al pagamento del debito invitando il creditore ad escutere il debitore principale, potrà sottoporgli anche i beni gravati dalla ipoteca in proprio favore, trasmettendogli il suo diritto reale.

Però, per quanto codesta soluzione si presenti non spropositata, temiamo assai possa venire accolta, di fronte al silenzio delle leggi commerciali e civili sulla ipotesi nostra, e molto più di fronte al sistema del diritto ipotecario vigente.

Venendo ora ad una conclusione del fin qui detto possiamo ridurci a questi principî, colla scorta dei quali sembra a noi si possa applicare l'art. 791.

I. Se il coobbligato non è fallito, ed abbia pagato al comun creditore la sola quota del debito la quale ei doveva pagare, non avrà alcuna azione contro il coobbligato fallito o gli altri coobbligati non falliti, per l'espresso disposto dell'art. 1199 del Codice civile.

II. Se si tratta di vera obbligazione solidale e il coobbligato non fallito dovette pagare più di quanto a lui si spettasse, si applicheranno i principii dei due articoli 790 e 791 del Codice di commercio; quando vi sia garantìa ipotecaria o pignoratizia secondo l'articolo 791 questo articolo darà le norme per l'esercizio del diritto del coobbligato e per gli effetti di questo esercizio.

III. Se il coobbligato nelle condizioni del numero precedente (II) è in istato di fallimento, l'applicazione immediata dei due articoli 788 e 789 del Codice di commercio respinge l'applicazione dell'art. 791; si eccettua il caso in cui il coobbligato, attualmente fallito, avesse prima del suo falli-

mento pagato il comun debitore, a norma del precedente secondo numero.

IV. Se il coobbligato è nelle condizioni dell'art. 1201 del Codice civile, la sua posizione giuridica di fronte al creditore, come di fronte al debitore coobbligato, è regolata dalle norme della fideiussione; e, cadendo in istato di fallimento, mentre dura la procedura analoga del debitore principale, potrà rigettare la escussione del creditore sulla massa del fallimento del debitore principale, cedendo al creditore — il che, però, vedemmo non essere messo da noi che come ipotesi di dubbia validità — l'eventuale garantìa stipulata in proprio favore dal fideiussore.

V. Se si tratta di vero fideiussore che non abbia rinunciato al beneficio di previa la escussione del debitore principale, il creditore potrà essere costretto a presentarsi pel suo credito alla massa del fallimento del debitore principale, coll'ipotetico beneficio ricordato nella parentesi del precedente numero IV.

VI. Se il fideiussore è in istato di fallimento contemporaneamente al debitore principale, il curatore della massa del primo potrà respingere la tentata escussione del creditore, perchè, solo riguardo ai coobbligati in solido, è applicabile il disposto dell'articolo 788 e quello dell'art. 789.

VII. Se prima del proprio fallimento il fideiussore ha pagato in tutto o in parte il debito di cui aveva fatta sicurtà, sono a favor della massa del di lui fallimento applicabili, a seconda dei casi, le disposizioni degli art. 790 e 791 del Codice di commercio.

VIII. Se il fideiussore fallì prima del debitore principale, il creditore si trova nelle condizioni dichiarate al precedente n. V, se il fideiussore non aveva ancor pagato nulla del debito da lui garantito. Se invece aveva già pagato prima del proprio e prima del fallimento del principal debitore, si presenterà alla massa del costui fallimento così come si è detto nel precedente n. VII.

Così crediamo di aver illustrato tutte le principali ipotesi possibili per la coordinata applicazione degli art. 788 a 791 del Codice di commercio; e così sembra solennemente smentita l'affermazione della Corte d'appello di Genova (1), che vi sia contraddizione tra gli articoli 790 e 791 del Codice (2).

354. *La ipoteca e il pegno* sub condicione — *Qualità della condizione.* — Il legislatore del 1882, ripetendo sostanzialmente nell'art. 791 dell'attual Codice di commercio l'art. 659 del Codice del 1865, credette opportuno d'aggiungere la parola " *condizionato* „ al riconoscimento della possibilità dell'esistenza d'un diritto di ipoteca o di pegno a favore del coobbligato o del fideiussore. La ragione di una simile aggiunta non è detta nelle elucubrazioni quadrilustri della Commissione; la quale si è limitata a dire che erano necessarie alcune modificazioni all'articolo 659 del Codice aboliendo, senza poi specificare la qualità e la quantità di esse (3). Ad ogni modo la modificazione rilevante che a veder nostro si possa considerare nella nuova redazione dell'antico art. 659 è quella che ora verremo esaminando. Gli autori non hanno portata la loro dottrina, nè la giurisprudenza i suoi dettati, sull'importanza del nuovo carattere che la parola " condizionato „ forse caduta inconsciamente dalla penna dei compilatori

(1) Sentenza 18 novembre 1887 (*Diritto commerciale*, vol. v, colonna 368.

(2) Non abbiamo in questa illustrazione dell'articolo 791, inteso di escludere l'applicazione di tutte quelle norme del Codice civile sia nelle obbligazioni solidali che sulla fideiussione, sia nello Stato di fallimento di tutti i coobligati che in quello del fideiussore e debitore principali, che sieno applicabili caso per caso. — Vedi PAGANI, op. e fasc. cit., pag. 113 e segg., n. 85; VIDARI, op. cit., vol. VIII, pag. 4692 e segg; CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 406-407, n. 474-475.

(3) *Atti della Commissione* del 1869, tornata delli 15 marzo 1872 - Verbale 884.

dell'attuale Codice di commercio, veniva ad attribuire alla disposizione dell'articolo che esaminiamo.

La espressione della legge dà prova immediata della sua opportunità, appena si cerchi la interpretazione rigorosa della lettera dell'art. 791. Si ricava, allora, che soltanto il coobbligato o il fideiussore che abbiano sui beni del fallito un diritto *condizionato* di pegno o d'ipoteca, può valersi del beneficio accordatogli con codesto articolo. Tutti gli altri coobbligati e fideiussori che non abbiano alcuna condizione nella loro ipoteca o nel loro pegno sono esclusi. Ciò è semplicemente assurdo; e gli autori si sono concordati per passare in silenzio questa novità barbina del legislatore del 1882.

Poi, cosa mai si volle intendere parlando di diritto *condizionato* di pegno o d'ipoteca? Non è possibile capire come possano esistere dei pegni e delle ipoteche *sub condicione:* in quanto che questi diritti *in re aliena,* sussistono idealmente e positivamente interi ed incondizionati appena il gravato li abbia acconsentiti a favore del creditore. Quindi, non essendo applicabile la condizione, a cui sembra alludere l'articolo in esame, all'esistenza dell'ipoteca o del pegno, perchè si tratta di due diritti *in re aliena* che prendono nascimento completo pel solo fatto della loro giuridica esistenza, a voler essere indulgenti col legislatore, bisogna ridursi a dire ch'ei forse volle alludere ad eventuali condizioni imposte *all'esercizio del diritto dal pegno e dall'ipoteca,* derivante a favore del creditore che ottenne pel suo diritto quella garantia.

Allora, si può dire che la qualità della condizione che il legislatore espresse nell'articolo in esame è relativa all'esercizio del diritto del coobbligato o fideiussore ipotecario o pignoratizio per l'azione di regresso sui beni del fallito: si rende applicabile solo quando sia possibile l'azione di regresso alla quale è legata; e può consistere in una limitazione nel tempo o nel modo con cui il coobbligato ipotecario o pignoratizio, o il fideiussore che ha codesti diritti reali sui beni del proprio garantito, possa far luogo all'esercizio del suo particolare diritto.

355. *Somma per cui il creditore coobbligato o fideiussore è compreso nella massa del fallimento. — Computo di questa somma pel calcolo della maggioranza nelle deliberazioni dei creditori del fallimento.* — Il diritto del coobbligato o del fideiussore, che può giovarsi delle disposizioni dell'articolo 791, è relativo alla forma soltanto che è garantita dal pegno o dall'ipoteca: e solamente per questa somma sarà compreso nella massa del fallimento del debitore coobbligato o del debitore principale.

Potrebbe derivare, però, da una siffatta ammessione, che, in forza delle disposizioni dell'art. 790 (1), concorrendo anche il comune creditore, più persone concorressero per l'istessa somma in modo che il passivo della fallita si trovasse gravato da debiti che realmente non possono considerarsi che esistenti una sol volta. Però, data la possibilità di un doppio pagamento della medesima somma, se le azioni di ripetizione dell'indebito valgono a garantire la massa dei creditori dai danni derivabili da codesto esborso ingiustificato, non così avverrebbe quando si trattasse della procedura ordinaria del fallimento, pel diritto, concesso ai creditori del fallito di intervenire e di votare nelle deliberazioni del fallimento. Sul che il legislatore ha stabilito nell'articolo 791 che questa somma si confonde con quella domandata dal creditore nel fallimento, e, quindi, è computata una sol volta nel calcolo della maggioranza richiesta per

(1) Sui legami dell'articolo 790 coll'art. 791 vedere le già citate Sentenze dell'Appello di Genova, della Cassazione di Torino e l'articolo del Sacerdoti.

la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento (1).

Nell'articolo 659 del cessato Codice, il legislatore non aveva inserito nessuna disposizione che avesse lo scopo e l'efficacia di quella dell'articolo in esame. Ond'è che i creditori erano ammessi alle deliberazioni, ciascuno in vista dell'ammontare del proprio credito; causando, così, senza un vero beneficio del creditore comune, un vero e spesso irrimediabile danno ai creditori, già condebitori solidali dell'attuale fallito, e al fideiussore. Quindi, la disposizione dell'articolo in esame va interpretata in questo senso: che se la somma è computata una sola volta, così non avviene delle persone; che vengono ammesse al passivo del fallimento e quindi alle deliberazioni *uti singuli*; in modo che rimanga conservata a tutti i creditori una efficace tutela dei propri interessi. Nella procedura del fallimento nel quale concorressero contemporaneamente creditore comune, coobbligati condebitori di costui e fideiussori " . . . gli interessi sono distinti, nè sarebbe strano che il creditore principale accettasse, per esempio, un concordato a cattivi patti, sapendo di potersi rifare a comodo suo sul coobbligato o fideiussore; mentre invece a costui potrebbe parere che, senza concordato, fosse possibile al creditore di conseguire di più, il che lo libererebbe per una quota maggiore da una possibile azione in garantìa „ (2). La legge limita l'applicazione del disposto dell'art. 791 alle maggioranze richieste per la validità delle deliberazioni dei creditori del fallimento. Quindi, trattandosi qui di una disposizione di diritto eccezionale, non si può uscire da una interpretazione rigorosa; da un'interpretazione, cioè, che limiti l'applicazione di questa disposizione eccezionale ai soli casi in cui, nella procedura del fallimento, il legislatore commerciale parlò di deliberazioni dei creditori. Qui non vogliamo richiamare quanto altra volta si disse sulla differenza che la legge commerciale ha fatto tra le deliberazioni e le operazioni del fallimento; nè è tempo d'esaminare le condizioni imposte ad una specie di creditori perchè possano avere una ingerenza efficace nelle adunanze, per ciò che riguarda il concordato: ci limitiamo a ricordare, che gli articoli dove il legislatore parla di deliberazioni dei creditori del fallimento sono l'art. 719 riguardante la surrogazione del curatore; l'art. 794 relativo alla continuazione dell'esercizio del commercio o della industria del fallito; l'art. 828 che dispone sulla concessibilità d'una seconda moratoria; e l'art. 833, che è forse il più importante, che regola la formazione del concordato.

Esaminando questi tre ultimi articoli si si vedrà meglio quale sia l'importanza della disposizione dell'art. 791.

356. *A chi appartiene il prezzo dei beni ipotecati o del pegno. — Questo prezzo si deduce, pagandolo, dalla somma dovuta al creditore.* — L'art. 790, come si vide, stabilisce che il dividendo, riscosso dal coobbligato o dal fideiussore, che furono compresi nella massa del fallito per quello che pagarono a costui discarico, venga percetto dal comune creditore, a diminuzione dell'ammontare del suo credito. Ora, essendo l'art. 791 un prolungamento dell'art. 790, è ben naturale che sia conservato in esso lo stesso principio che dettò quello, e che siasi sancita la disposizione in forza della quale, a deduzione della somma che gli è dovuta, il creditore comune riscuote il prezzo dei beni ipotecati o pignorati, appartenenti al fallito, a garantìa del diritto dei coobbligati e dei fideiussori, quando codesti beni siano venduti. Questa disposizione, contenuta anche nell'art. 659 del cessato Codice di commercio, viene ad essere avvinta da le-

(1) Vedi su ciò Nicola DE FEO, op. cit., pag. 103 e seguenti.

(2) CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 406, n. 475.

gami di necessità, alle disposizioni del Codice attuale, che riguardano la riscattabilità del pegno, mediante pagamento del credito (art. 772); il diritto dei creditori ipotecari di concorrere alle distribuzioni fatte del prezzo dei mobili, prima della distribuzione del prezzo degli immobili, con quelle varie modificazioni e formalità stabilite dalla legge (art. 776 e seg.); il diritto dei creditori privilegiati, pignoratizi e ipotecari d'essere pagati, come consente la legge (art. 809) e con la differenza, però, che non è più al vero creditore pignoratizio o ipotecario che giovano codeste disposizioni della legge; ma al creditore comune, che, in questa guisa, viene man mano ad essere disinteressato dal fallimento. Che, se, dopo riscosso il prezzo del pegno o dell'immobile ipotecato, il creditore comune non rimanesse completamente soddisfatto, si applicherebbe la disposizione dell'ultima parte del secondo comma dell'art. 790, in modo che esso dovesse restringere le sue azioni, verso il coobbligato o il fideiussore, a quella somma di cui rimanesse ancora creditore dopo riscosso quel prezzo, di cui parla l'ultimo alinea dell'art. 791.

Così crediamo noi debbasi intendere la coordinazione dei due articoli 790 e 791 allo scopo di rendere più agevole la procedura del fallimento, e più profittevole ai vari creditori, aventi carattere di coobbligati solidali o fideiussori del fallito, l'amministrazione della massa.

—

Art. 792.

I creditori conservano la loro azione per l'intiero loro credito contro i coobbligati o i fideiussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito.

Sommario.

357. *Valore e scopo dell'articolo* 792. — *Ipotesi in esso contemplata.*
358. *Conservazione dell'azione contro i coobbligati e fideiussori.* — *Concordato anteriore al fallimento.* — *Rapporti tra il fallito e i suoi creditori per l'articolo* 790. — *Rapporti tra il comun creditore e i condebitori solidali o i fideiussori.*

357. *Valore e scopo dell'art.* 792. — *Ipotesi in esso contemplata.* — L'articolo che si prende ora ad esaminare, è la sostanziale ripetizione dell'art. 660 del cessato Codice di commercio, come questo era la ripetizione dell'art. 545 del Codice commerciale francese. Solamente il legislatore francese non parlava di fideiussori, ma soltanto di coobbligati del fallito; non parlava di concordato volontariamente consentito dai creditori, ma soltanto di concordato. Anzi, stando alla redazione dell'attuale art. 545 del Codice francese, quale era concepita nel progetto presentato alla Camera del 1837-38, parrebbe che il consenso volontario dei creditori, riguardo alla formazione e stipulazione del concordato, debba essere una causa di perdita, pei creditori, d'ogni loro diritto ed azione verso i coobbligati. L'articolo del primitivo progetto era così concepito: " Le créancier qui a acquiescé à un concordat dûment homologué conserve son recours pour la totalité de sa créance contre les autres coobligés. Il le perd, s'il a volontairement consenti au concordat ". Il Renouard (1) s'oppose alla accettazione

(1) Op. cit., vol. II, pag. 188 e seguenti.

del principio sancito in quell'articolo; sicchè venne modificato e redatto in quella forma che si legge nell'attuale Codice di commercio francese.

Il principio sancito nell'art. 792 del nostro Codice, o meglio nell'art. 545 del Codice francese, di cui, per il tramite del Codice di commercio italiano del 1865, esso non è che una riproduzione modificata a talento dei legislatori, segna una innovazione di gran momento sulle consuetudini e sul diritto commerciale prevalente prima dell'êra francese delle codificazioni. Perchè la famosa ordinanza commerciale del 1673, sanciva un principio affatto opposto, che non bene sconfessato nella redazione del Codice commerciale del 1808, aveva dato luogo ad una fierissima lotta tra i dottrinari; lotta a cui partecipava la giurisprudenza con pochissima edificazione dei veri interessati. Finalmente la Cassazione (di Francia) seguendo il principio dell'articolo 1210 del Codice civile, nel 1817 con sentenza dell'11 febbraio prima, poi nel 1819 con sentenza del 30 novembre, troncò ogni questione, stabiliendo la massima, che, poi, raccolta in una formola di legge, costituisce l'articolo 545 del vigente Codice di commercio francese Da questa frettolosa esposizione storica delle origini dell'articolo in esame, si deduce quale sia lo scopo a cui esso tende. È, quindi, una più ampia tutela dei diritti del comun creditore contro i proprii condebitori o contro il fideiussore; perchè, dato il principio contrario, quello cioè dell'ordinanza francese del 1673, ne nascerebbe che i coobbligati o i fideiussori si sarebbero sempre avvantaggiati pel concordato del fallito, cadendo l'azione che il comun creditore avrebbe altrimenti contro di loro rivolta. Invece, per il principio contrario, i creditori sono liberi di stipulare il concordato col fallito, se lo credano nel loro interesse, ma il comun creditore conserva per intero il suo diritto e le sue azioni contro di loro per assicurarsi il pagamento del suo credito.

È qui da osservare, il che si vedrà più ampiamente nel commento dell'istituto di concordato, che l'origine comune del concordato del diritto, commerciale, e della remissione del debito qual è considerato negli articoli 1281 e 1282 del Codice civile, ha condotto a diverse conseguenze. Perchè, mentre la remissione del debito a vantaggio di uno dei coobbligati di una obbligazione in solido, toltone il caso d'espressa riserva, libera gli altri, e libera sempre il fideiussore; il concordato, invece, per quanto volontariamente consentito e per quanto si possa considerare una remissione parziale del debito, non influisce affatto sui diritti di chi lo presta in confronto dei coobbligati o del fideiussore. E così è dell'art. 792 (1).

L'ipotesi di quest'articolo è che il fallito, avendo chiesto un concordato, lo abbia ottenuto per il volontario consenso dei suoi creditori. Quindi, l'ipotesi vien completata con la supposizione che il concordato venga stipulato dopo che il fallimento fu dichiarato e durante l'ordinaria procedura di questo.

358. *Conservazione dell'azione contro i coobbligati e fideiussori che aderirono al concordato. — Concordato anteriore al fallimento. — Rapporti tra il fallito e i suoi creditori per l'articolo* 790. — *Rapporti tra il comun creditore e i condebitori solidali od i fideiussori.* — Il concordato essendo, come dice una sentenza dell'Appello di Palermo (2), un istituto d'ordine pubblico nell'interesse del commercio, assume il carattere di un accordo coattivo, d'una coatta composizione d'interessi individuali, che ha la sua causa nella necessità che vi stringe i creditori, anche riluttanti o non, consenzienti, trascinativi dalla maggioranza

(1) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 407, n. 477.

(2) Sentenza 10 agosto 1885 (*Diritto commerciale*, vol. VI, colonna 402).

per numero ed interesse, che approvò il concordato. L'eccezione che si chiude nell'istituto del concordato, sia esso concluso a norma dell'articolo 830 del Codice di commercio o in forza dell'articolo 831, è *in personam* del fallito: per ciò, nè si estende nè si comunica ad altri, meno ancora in vantaggio di chi abbia ragioni particolari attinenti al fallimento, dalle quali potrebbegli derivare un danno senza corrispondente beneficio al fallito. Tale è appunto il caso regolato nell'art. 792, anche in vista del possibile mancato consenso al concordato, da parte del comun creditore. Questi conserva, adunque, interamente le sue azioni verso i coobbligati o i fideiussori concordatari, che non potranno invocare mai, contro di lui, le eccezioni derivanti dalla condizione del concordato (1).

Qui, però, si son presentati alcuni quesiti.

Se il comun creditore, presentatosi alla massa del fallimento per l'ammontare del suo credito, essendo proposto il concordato, vi acconsenta, potrà poi valersi di ciò che dispone l'art. 792? Se il concordato si conclude in forza dell'art. 831, non ostante il dissenso dei creditori s'applicherà l'articolo in esame?

Per la seconda questione non troviamo la risposta nella lettera dell'art. 792: il quale mette come condizione necessaria della sua applicabilità che, avendo il fallito ottenuto un concordato, i creditori lo abbiano volontariamente consentito. Da ciò si ricava che la disposizione dell'art. 792 si ferma naturalmente a quella dell'art. 830; e può estendersi agli effetti dell'art. 831 solo quando i creditori abbiano provocato od appoggiata l'applicazione di quell'articolo. Ma, data cotesta soluzione, a quali effetti essa conduce, riguardo alle persone contemplate nell'art. 792? Secondo la dottrina francese " aucune distinction n'est à faire entre le créancier qui a adhéré volontairement au concordat et celui qui ne s'y est soumis qu'après l'homologation qui l'a rendu obligatoire pour tous... „ (2). Nella dottrina italiana non si sollevò cotesta questione; e, per conto nostro, non crediamo possibile, dati gli effetti del concordato e lo scopo dell'articolo 792, di sostenere una diversa opinione.

Per il primo quesito, poi, non v'è dubbio; perchè ad esso risponde adequatamente l'articolo stesso che vi ha dato luogo (3), per quanto la cattiva redazione di esso possa condurre in equivoco, circa le persone che debbono aver dato il loro consenso al concordato (4).

Può darsi che, prima dello effettivo incominciarsi della procedura di fallimento, ma posteriormente alla dichiarazione giudiziale di esso contro il commerciante che ha cessato i suoi pagamenti si addivenga ad un concordato. È, in una simile ipotesi, applicabile l'articolo che si esamina? Pare che si debba pronunciare una risposta affermativa. Perchè la legge, consentendo che in qualunque stadio della procedura di fallimento possano i creditori addivenire ad un concordato (art. 830), stabilisce che gli effetti del concordato sono identici tanto se il concordato fu conchiuso d'accordo tra tutti i creditori, quanto se derivò dal solo voto della maggioranza; tanto se si concluse in uno stadio iniziale della procedura come se vi si addivenne in uno stadio avanzato. Nè alcuna distinzione vien fatta dall'articolo 792 (5).

Non crediamo inutile esaminare i rap-

(1) È notevole che l'articolo 843 parlando dell'appello della risoluzione del concordato riguardo ai concordatori, ricorda che essa non libera i fideiussori, ma dimentica i coobligati.

(2) ALAUZET, op. cit., vol. IV, pag. 265, § 1850; PARDESSUS, op. cit., vol. II, pag. 1247: RENOUARD, op. cit., vol. II, pag. 189-90; BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, pag. 293, n. 816.

(3) BOULAY-PATY, op. cit., vol. II, p. 293, n. 816.

(4) Si avverta come la redazione dell'art. 792 può far credere che siano i coobbligati o i fideiussori che consentano volontariamente il concordato.

(5) Cfr. CALAMANDREI, op. cit., vol. I, pag. 408, n. 478.

porti che si istituiscono tra il fallito e i suoi creditori, coobbligati o fideiussori, nella coordinazione dei due articoli 790 e 792. Può darsi che il coobbligato o fideiussore del fallito abbia, prima della conclusione del concordato, pagato a discarico del fallito una somma; e allora, in base all'articolo 790 il coobbligato o il fideiussore del fallito, esercitando azione di regresso vien compreso nella massa del fallimento. Ma si stipula anche col voto del coobbligato o fideiussore, un concordato al quale il creditore comune, forte della posizione fattagli dall'art. 792, dà il suo consenso. Quale sarà la condizione del coobbligato o del fideiussore di fronte ad un tale evento? Una sentenza della Cassazione di Napoli (1) ha stabilito che: " Il coobbligato o fideiussore del fallito che ha fatto concordato, non ha azione di regresso in confronto di quest'ultimo, per quanto abbia, in forza dell'articolo 792 Cod. di comm., pagato ai creditori del fallito stesso un saldo del loro credito ".

La Cassazione napoletana è venuta ad una siffatta conclusione considerando che la deroga fatta al diritto comune sancita dall'art. 1282 del Codice civile, mediante l'articolo 792 del Codice di commercio, è tassativamente limitata al comun creditore: pei coobbligati e fideiussori sta invece la regola dell'art. 1282 del Cod. civile; perchè se a costoro giovasse il principio dell'articolo 792, potrebbe accadere che, per la moltitudine delle azioni di regresso pel saldo di debiti originari, si rendesse illusorio il beneficio che il legislatore intese assicurare al fallito mediante il concordato.

Per quanto le ragioni addotte dall'eccelsa Corte possano offrirsi a molta critica, tuttavia, esse possono accogliersi in massima, come quelle che nel loro complesso hanno interpretato soddisfacentemente il valore dell'articolo 792, come deroga al diritto comune.

La conservazione, non ostante il concordato, delle azioni del comun creditore verso ai coobbligati o fideiussori, dà per effetto di assicurare il comun creditore che quelle sicurtà del suo credito, ch'ei cercò mediante l'obbligazione solidale, o la fideiussione, non verranno meno per la cessazione della procedura di fallimento. Se gli articoli 788 a 791, in quanto si applichino al creditore comune nel fallimento di uno dei coobbligati o del debitore principale, rimangono sospesi, perdura, tuttavia, la effettività potenziale dei rapporti, che la obbligazione solidale o la fideiussione ha creato tra il comun creditore e i coobbligati o il fideiussore. Anche durante il concordato, la esercibilità dei diritti del comun creditore sta piena e completa, e rinasce in tutta la sua intensità quando il concordato, per qualsiasi delle cause contemplate dalla legge, venga meno. Ed allora tornano ad essere applicabili i diritti del comun creditore, secondo gli articoli 788 a 791, come, altresvengono a ripristinarsi i diritti di regresso dei fideiussori e coobbligati. Perchè, cessando la causa che aveva dato luogo alla applicazione dell'art. 1282 del Codice civile, cessano anche gli effetti che producevansi da quella applicazione, contro l'interesse dei coobbligati o fideiussori.

(1) Sentenza 16 maggio 1890 (*Diritto commerciale*, vol. VIII, pag. 745).

INDICE DEL LIBRO TERZO

(TITOLI I, II, III).

TITOLO I.

Della dichiarazione del fallimento e dei suoi effetti.

ART. 683. . . . . *Pag.* 3
1. Difficoltà intrinseche per una legislazione sui fallimenti . . . . . » 4
2. Cause che possono produrre il fallimento . . . . . » 5
3. Il giudizio di fallimento consiste in una esecuzione collettiva dei creditori » 7
4. Concetto giuridico del fallimento. Elementi che lo costituiscono . . . . » 8
5. *a*) Chi è commerciante — Prova di questa qualità — Effetto della sentenza che riconosce in taluno la qualità di commerciante (Giudizio civile di fallimento e giudizio penale per bancarotta) . . . . . » »
6. *b*) Cessazione dei pagamenti — Suo concetto giuridico — Anche l'unico creditore può provocare il fallimento . . . . . » 13
7. È inattendibile la distinzione tra cessare di far i pagamenti e sospenderli . » 18
8. Prova della cessazione dei pagamenti — È censurabile in cassazione il concetto giuridico posto quale base del fallimento . . . . . » 20
9. Di quali pagamenti si tratti . . . . . » 24
10. *c*) La cessazione deve riferirsi alle obbligazioni commerciali . . . . . » 25
ART. 684-689. . . . . » 28
11. Il fallimento è un fatto giuridico il quale richiede una sentenza che lo constati e lo dichiari . . . . . » 30
12. Autorità giudiziaria competente a dichiarare il fallimento . . . . . » 32
13. Efficacia giuridica in Italia delle sentenze estere dichiarative di fallimento » 35
14. Fallimento pronunciato ad istanza del fallito. Può chiedersi a mezzo di un mandatario . . . . . » 39
15. Del bilancio; suo contenuto; effetto giuridico delle sue enunciazioni . . . » 41
16. Fallimento dichiarato dietro istanza dei creditori. Creditori ipotecari, con pegno o privilegiati. Creditori a termine o sotto condizione . . . . » 42
17. Divieto pegli ascendenti, discendenti e pel coniuge del debitore . . . . » 44
18. L'istanza di fallimento può proporsi dai creditori o con ricorso o con citazione » 45
19. Se la sentenza che rigetta la domanda di dichiarazione di fallimento, costituisca cosa giudicata pegli altri creditori . . . . . » 47
20. Responsabilità del creditore che ha chiesta ed ottenuta una dichiarazione di fallimento, poi revocata . . . . . » 48
21. Fallimento dichiarato d'ufficio dal tribunale . . . . . » 50
22. Notizia e pubblicità degli elenchi dei protesti cambiari . . . . . » 51
23. Responsabilità del notaio e dell'usciere in caso di ritardo a comunicare gli elenchi. Procedura . . . . . » 52
24. Azioni che derivano dal fallimento, devolute alla cognizione del tribunale che lo ha dichiarato . . . . . » 53
ART. 690. . . . . » 54
25. Condizioni perchè si possa pronunciare il fallimento di chi si è ritirato dal commercio . . . . . » 55

26. Del fallimento d'un commerciante defunto . . . . . *Pag.* 56
27. Chi può prendere l'iniziativa della dichiarazione di questo fallimento . . » 59
28. La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ed il fallimento » 60
ART. **691-693**. . . . . » 61
29. Chi può fare opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, ed entro quale termine . . . . . » 63
30. In che consista l'opposizione nel giudizio di fallimento . . . . . » 65
31. Se l'opposizione e l'appello sono, in ogni caso, rimedi alternativi oppure successivi . . . . . » 69
32. Il fallito può fare opposizione a mezzo di mandatario generale, nominato prima della pronuncia di fallimento . . . . . » 74
33. In qual modo si proponga l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento . . . . . » 76
34. Tema di questa opposizione; e più precisamente: se la prova di aver disinteressati tutti i creditori, basti per far revocare, con l'opposizione, la sentenza dichiarativa di fallimento . . . . . » 77
ART. **694-698**. . . . . » 80
35. Perchè si promuove obbligatoriamente il processo penale — Osservazioni critiche . . . . . » 82
36. Funzioni giudiziarie del tribunale di commercio — Ordinanza di cattura irreclamabile in sede civile . . . . . » 83
37. L'arresto deve però essere legittimato dalla Camera di consiglio in sede correzionale . . . . . » 84
38. Indipendenza della procedura civile di fallimento dalla procedura penale — Quale ne sia il fondamento — Indipendenza processuale ed indipendenza intrinseca o di criteri direttivi . . . . . » 85
39. Prescrizioni del Codice di commercio riguardo all'istruttoria penale — Facoltà del P. M. di procedere, in ogni caso, per il reato di bancarotta indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento . . . . . » »
40. Le due procedure non si interrompono, quale sia la condizione dell'istruttoria di una di esse . . . . . » 87
41. Il concordato può effettuarsi anche se si tratta di bancarotta fraudolenta . » 88
42. Documenti che rimangono nella cancelleria del tribunale di commercio . . » »
43. Lettere indirizzate al fallito detenuto . . . . . » 89
44. Indipendenza di criteri dei due giudizi . . . . . » 92
45. In che le deliberazioni del giudice civile influiscano sul penale — Dei benefizi associati alla sentenza di omologazione del concordato — Loro estensione ed effetti . . . . . » 93
46. Della cancellazione del nome del debitore dall'albo dei falliti — Quando possa ordinarsi . . . . . » 97
47. Deliberazione obbligatoria della Camera di consiglio o della sezione d'accusa » 98
48. Delle incapacità personali del fallito — Iscrizione del suo nome e cognome nell'albo dei falliti . . . . . » 99
49. Esercizio del commercio da parte del fallito durante lo stato di fallimento » 101
50. Restrizione alla libertà personale conseguente alla permanenza nel domicilio » 104
ART. **699**. . . . . » »
51. La disposizione in esame dinanzi al Consiglio di Stato francese . . . . . » 105
52. Il fallimento crea fra i creditori una *communio incidens pignoratitia* — Conseguenze . . . . . » 107
53. La perdita dell'amministrazione avviene *ipso jure* — L'accordo unanime dei creditori non può far revocare la sentenza dichiarativa del fallimento pronunciata giustamente . . . . . » 111

54. Da qual momento incominci la perdita dell'amministrazione — Nel conflitto di diritti, la data della sentenza non esclude la prova dell'ora in cui fu pronunciata . . . . . *Pag.* 112
55. Teoria fondamentale sulla capacità del fallito . . . . . » 115
56. Dei diritti strettamente personali al fallito, od estranei al fallimento. . . » 117
57. Se vi siano beni di proprietà del fallito sottratti alla procedura di fallimento » 121
58. Effetti processuali della dichiarazione di fallimento — Se e quando il fallito possa agire nell'interesse della massa — Suo diritto d'intervento nelle cause della medesima . . . . . » 122
59. Delle possibili esecuzioni contro il fallito dopo la dichiarazione del fallimento » 125
ART. 700-701. . . . . » 127
60. Scadenza dei debiti conseguente alla dichiarazione del fallimento — Motivi che la giustificano . . . . . » 128
61. Distinzione fra la decadenza dal beneficio del termine e la scadenza dei debiti in causa del fallimento — Conseguenze giuridiche della distinzione: *a*) Anche il commerciante insolvente può farsi decadere dal beneficio del termine . . . . . » »
62. *b*) L'anticipata scadenza del credito non ne consente la compensazione . . » 130
63. *c*) Il debitore decaduto dal beneficio del termine non può chiedere lo sconto di un debito infruttifero; lo sconto è invece dovuto nel fallimento . » 131
64. *d*) Anche i crediti con garanzia reale s'intendono scaduti in seguito alla dichiarazione di fallimento . . . . . » »
65. Dei crediti condizionali — Dei condebitori e fideiussori del fallito . . . . » 134
66. La eguaglianza dei creditori chirografari giustifica la misura della sospensione degli interessi — Degli interessi compenetrati nel capitale o pagati anticipatamente — Dello sconto . . . . . » 135
67. Condizione dei creditori con ipoteca, pegno o privilegio riguardo alla decorrenza degli interessi . . . . . » 137
68. Decorrenza degli interessi in confronto del fallito — Prescrizione da interrompersi — I condebitori del fallito sono obbligati a pagare l'interesse » 138
69. Di alcune prestazioni ricorrenti . . . . . » 139
ART. 702-703 . . . . . » »
70. Il privilegio del locatore secondo il Codice civile . . . . . » 140
71. L'art. 701 del Codice di commercio non è applicabile alla locazione, contratto commutativo . . . . . » 142
72. La legge civile considera il contratto di locazione come un tutto inscindibile » 143
73. La rigidezza di tale principio è attenuata dall'art. 703 —Interpretazione e critica di questa disposizione . . . . . » 145
74. Il privilegio del locatore nel giudizio di fallimento del conduttore — Configurazione delle varie ipotesi . . . . . » 147
75. È valida di fronte ai creditori la clausola dello scioglimento dell'affittanza in caso di fallimento del conduttore, a volontà del locatore . . . . . » 148
76. Se il compenso pattuito nel contratto locativo, in caso di scioglimento dell'affittanza, valga, e goda del privilegio concesso dall'art. 773 al compenso determinato in contraddittorio della massa . . . . . » 149
77. Degli atti esecutivi del locatore — Interpretazione dell'art. 702 . . . . . » 150
ART. 704-706. . . . . » 152
78. Divisione del commento di questi articoli . . . . . » 153
79. Precedura e termini per fissare l'epoca della cessazione dei pagamenti — Esame delle tre ipotesi verificabili:
1ª La cessazione dei pagamenti è fissata ad epoca anteriore alla dichiarazione del fallimento colla stessa sentenza dichiarativa . . . . . » »

80. 2ª La cessazione ad epoca anteriore è fissata con una sentenza posteriore *Pag.* 154
81. 3ª La cessazione dei pagamenti non è determinata ad epoca anteriore alla dichiarazione del fallimento — In tale ipotesi non è possibile il rimedio della opposizione . . . . . » 156
82. La chiusura del verbale di verificazione dei crediti può bensì effettuarsi secondo l'articolo 909, in un giorno successivo a quello stabilito nella sentenza dichiarativa del fallimento, ma il giudice delegato non può prorogare il termine . . . . . » 159
83. Il curatore può far determinare la data dalla cessazione dei pagamenti prima della chiusura del verbale di verificazione dei crediti, ma non può fare opposizione alla sentenza che l'ha provvisoriamente retrotratta » 163
84. Ambito del giudizio di opposizione — Chi può farlo — Esonero del curatore dalle spese di lite — Opposizione contumaciale contro la sentenza emessa in sede di opposizione commerciale . . . . . » 166
85. Criteri intrinseci per determinare la data della cessazione dei pagamenti — Commento dell'art. 705 . . . . . » 169
86. Alcune massime affermate dalla giurisprudenza in argomento . . . . . » 170*bis*
ART. 707-712. . . . . » 172
87. Teorica degli atti nulli od annullabili nel giudizio di fallimento — Trattazione sistematica dell'argomento . . . . . » 172*bis*
88. § 1. Scopi del legislatore nei suoi provvedimenti contro gli atti del fallito lesivi la massa . . . . . » 173
89. § 2. I rimedi che secondo la legge comune e la legge del fallimento spettano ai creditori, sono esercitati esclusivamente dal curatore . . . . » »
90. § 3. Divisione delle azioni spettanti alla massa in quattro categorie . . . » 173*bis*
91. § 4. L'azione pauliana coordinata al giudizio di fallimento . . . . . » »
92. § 5. Le azioni conseguenti alla nullità di certi atti . . . . . » 174
93. § 6. Le azioni di annullamento per frode presunta . . . . . » 174*bis*
94. § 7. Le azioni di annullamento per frode sospetta . . . . . » 175
95. § 8. Limitazione oggettiva e soggettiva degli atti nulli e annullabili . . » »
96. § 9. Annullamento degli atti unicamente rispetto alla massa . . . . . » 175*bis*
97. Chi rappresenti il curatore nelle cause d'impugnativa . . . . . » »
98. Intervento dei creditori nelle cause di fallimento . . . . . » 176
99. Atti del fallito dichiarati nulli — Commento agli art. 707 e 708 . . . . » »
100. Atti e operazioni presunti fraudolenti o sospetti di frode ed annullabili — Commento all'art. 709 . . . . . » 178*bis*
101. Il diritto ipotecario nel giudizio di fallimento . . . . . » 182
102. Commento dell'art. 710 . . . . . » 188
103. L'art. 711 . . . . . » 189
104. L'art. 712 — Commento . . . . . » 192

TITOLO II.

Dell'amministrazione del fallimento.

CAPO I.

Delle persone preposte all'amministrazione del fallimento.

ART. 713. . . . . *Pag.* 193
105. Del curatore . . . . . » »
106. Delegazione dei creditori . . . . . » 194
107. Direzione del giudice delegato . . . . . » »
108. Scopo dell'amministrazione del fallimento . . . . . » »

Sezione I.

Del Curatore.

ART. 713. . . . . *Pag.* 195
109. Il curatore del Codice attuale e i sindaci del cessato Codice; le disposizioni transitorie . . . . . » »
110. Figura giuridica del curatore . . . . . » 198
111. Scelta del curatore fra gli estranei alla massa dei creditori . . . . . » 202
112. Parentela col fallito . . . . . » 203
ART. 715-716. . . . . » 204
113. Ruolo dei curatori . . . . . » »
114. Diritti degli iscritti a ruolo . . . . . » 210
115. Facoltà di nominare una persona non iscritta . . . . . » 211
116. Durata della iscrizione a ruolo — Curatori ove non esiste ruolo . . . » 212
ART. 717. . . . . » 213
117. Curatore definitivo e curatore provvisorio . . . . . » »
118. Nomina del curatore definitivo . . . . . » 214
ART. 718. . . . . » 215
119. Notificazione della nomina al curatore . . . . . » 216
120. Rifiuto del curatore . . . . . » »
121. Dispensa dall'ufficio di curatore dopo la nomina e l'accettazione . . . » 218
ART. 719. . . . . » 220
122. Surroga mediante un curatore di fiducia . . . . . » »
123. Maggioranza dei creditori . . . . . » 221
124. Eccezione agli art. 714 e 716 . . . . . » »
ART. 720. . . . . » 223
125. Importanza ed estensione di questo articolo . . . . . » »
126. Rivocazione per domanda dei creditori (art. 726) . . . . . » 225
127. Rivocazione d'ufficio . . . . . » 226
128. Surroga d'altra persona . . . . . » 227
ART. 721-722. . . . . » 229
129. La cauzione è una misura eccezionale . . . . . » 230
130. Quando si può imporre la prestazione di una cauzione al curatore:
a) per le condizioni della fallita . . . . . » 232
b) per riguardo alle fasi della procedura del fallimento . . . . » 234
131. Natura della cauzione e sua quantità . . . . . » 236
132. Durata della cauzione e restituzione di essa . . . . . » 237
133. L'ufficio di curatore non è gratuito . . . . . » 238
134. La retribuzione del curatore è proporzionata all'opera che presta . . . » 239
135. Divisibilità della retribuzione . . . . . » 240
136. Percentuale della retribuzione dell'ammontare dei valori incassati . . » 241
137. Generalità sull'ufficio e sulle mansioni del curatore . . . . . » 242

Sezione II.

Della Delegazione dei creditori.

ART. 723. . . . . *Pag.* 248
138. Perchè della delegazione dei creditori e suoi uffici . . . . . » »
139. Nomina della delegazione . . . . . » 250
140. Poteri concessi alla maggioranza dei creditori sulla delegazione di sorveglianza . . . . . » 251

ART. 724. . . . . Pag. 253
141. Notificazione della nomina a delegati ed elezione del presidente della delegazione . . . . . » »
142. Chi rappresenta il presidente . . . . . » 257
143. Autorizzazione parziale ai singoli delegati . . . . . » 259
144. Veci del presidente . . . . . » 260
145. La maggioranza assoluta di voti nelle deliberazioni della delegazione . . » 262
ART. 725. . . . . » 263
146. Adunanze della delegazione obbligatorie . . . . . » 264
147. Adunanze della delegazione facoltative . . . . . » 265
ART. 726. . . . . » 266
148. Diritti comuni a tutti i membri della delegazione come tali . . . . . » »
149. Diritti particolari della delegazione e del presidente. . . . . » 267
150. Funzioni generali della delegazione di sorveglianza . . . . . » »

SEZIONE III.

Del giudice delegato.

ART. 727. . . . . Pag. 268
151. Chi è e chi rappresenta il giudice delegato . . . . . » 269
152. Autorità ed indipendenza del giudice delegato . . . . . » 271
153. Suoi uffici . . . . . » 274
154. Sua surrogazione . . . . . » 277
ART. 728. . . . . » 279
155. Commento all'art. 728 . . . . . » »
156. Reclami *adversus curatorem* . . . . . » 280
157. Le domande di rivocazione del curatore . . . . . » 281
ART. 729-730. . . . . » 284
158. La delegazione dei creditori e il giudice delegato . . . . . » »
159. L'adunanza per la nomina dei membri della delegazione dei creditori indetta dal giudice delegato. . . . . » 287
160. Il fallito, i suoi commessi ed impiegati escussi dal giudice delegato . . » 290
161. Cosa sieno le cause e le circostanze del fallimento, e la trasmissione delle notizie su di esse raccolte al procuratore del Re . . . . . » 294
162. Parenti del fallito che, chiamati a deporre, possono astenersi — Evidente moralità di tale disposizione . . . . . » 295
ART. 731-732. . . . . » 298
163. Audizione del fallito latitante . . . . . » 299
164. Il procuratore del Re, il giudice penale e il salvacondotto richiesto dal giudice delegato . . . . . » 302
165. Audizione ed interrogatorio del fallito in istato d'arresto. . . . . » 304
166. Domande d'audizione del fallito arrestato, proposte dal curatore e dalla delegazione . . . . . » 305

CAPO II.

Dell'apposizione dei sigilli e dell'inventario.

ART. 733-734. . . . . Pag. 308
167. L'apposizione dei sigilli — Il pretore — Il curatore provvisorio . . . » 309
168. Intervenuta sentenza dichiarativa del fallimento — Istanza di uno o più creditori, prima della sentenza. . . . . » 316
169. Assenza del debitore — Parziale distrazione dell'attivo . . . . . » 319

170. Cose sulle quali si appongono i sigilli . . . . . *Pag.* 323
171. Avviso dell'avvenuta apposizione dei sigilli dàto al presidente del tribunale » 325
171 *bis*. Formalità e processo verbale d'apposizione dei sigilli . . . . . » 326
ART. 135-137. . . . . » 327
172. Oggetti sottratti all'apposizione dei sigilli . . . . . » 328
173. Provvedimenti del giudice delegato provocati dal curatore e dalla delegazione dei creditori . . . . . » 334
174. Vendita dei beni del fallito — Continuazione del commercio del fallito. » »
175. Descrizione degli oggetti non assoggettati a sigillo — Art. 736 . . . » 337
176. Domande del curatore per sottrarre oggetti del fallito all'apposizione dei sigilli . . . . . » 340
177. Consegna dei libri di commercio al curatore; deposito alla cancelleria del tribunale; consegna temporanea al giudice penale . . . . . » 342
178. Il curatore e l'ispezione dei libri di commercio del fallito da parte del giudice delegato, del giudice istruttore o della delegazione dei creditori » 348
179. Autorizzazione del giudice delegato per la consegna al curatore delle cambiali e dei titoli di credito del fallito . . . . . » 350
180. Atti conservativi e provvedimenti del curatore intorno a tali atti — Elenco dei documenti consegnato al giudice delegato . . . . . » 354
ART. 138-139. . . . . » 355
181. Eccezione alla regola che i sigilli devono sempre apporsi . . . . . » »
182. Eccezione alla regola che è il solo curatore definitivo che può redigere l'inventario . . . . . » 356
183. Inesecuzione della disposizione della sentenza dichiarativa del fallimento sulla apposizione dei sigilli . . . . . » »
ART. 140-142. . . . . » 357
184. La rimozione dei sigilli è un obbligo ed un diritto del solo curatore definitivo. . . . . » 358
185. Procedura della rimozione dei sigilli. . . . . » 361
186. La formazione dall'inventario e la presenza del fallito . . . . . » 363
187. La procedura dell'inventario secondo il diritto commerciale . . . . . » 369
188. Obblighi e facoltà del curatore che procede all'inventariazione . . . . » 372
189. Ingerenza del tribunale . . . . . » 373
190. Il curatore è il depositario giudiziale dei beni del fallito elencati nell'inventario . . . . . » 374
191. L'inventario nei rapporti col Codice di procedura penale . . . . . » 377
ART. 143. . . . . » 378
192. Il beneficio d'inventario sull'eredità del fallito e l'inventario dei beni di fallimento . . . . . » »
193. La morte del fallito durante la compilazione dell'inventario . . . . . » 384
194. Gli eredi del fallito sono presenti o citati all'inventario — Eredi testamentari — Eredi legittimi . . . . . » 385

CAPO III.

Delle funzioni relative all'amministrazione del fallimento.

ART. 144. . . . . *Pag.* 389
195. Apposizione dei sigilli domandata dal curatore . . . . . » 390
196. L'elenco dei creditori compilato dal curatore e l'invito diretto ai creditori, di presentarsi alla prima adunanza . . . . . » 391
197. Contenuto dell'invito fatto ai creditori . . . . . » 394
198. L'elenco dei creditori e la ingerenza del giudice delegato. . . . . » 395

190. La omissione o la negligenza del curatore provocano una responsabilità di lui pei danni . . . . . *Pag.* 397
200. Misure disciplinari contro il curatore, provocate dalla omissione o dalla negligenza . . . . . » 399
ART. 745-746. . . . . » 400
201. Sostituzione del curatore al fallito nella compilazione del bilancio . . . » 401
202. Aggiunte e rettificazioni al bilancio presentato dal fallito, fatte dal curatore » 403
203. Il bilancio si deposita nella cancelleria del tribunale . . . . . » 404
204. Autorizzazione del tribunale per concedere al fallito la presentazione del bilancio entro un breve termine ulteriore . . . . . » »
205. La esclusione della mala fede nel fallito . . . . . » 408
206. Esame dei suoi libri di commercio fatto dal fallito per la formazione del bilancio . . . . . » 410
ART. 747-751. . . . . » 411
207. Specificazione dei doveri del curatore — Curatore provvisorio e curatore definitivo . . . . . » 413
208. Il fallito renitente citato dal giudice delegato . . . . . » 414
209. Il fallito in istato d'arresto o non provvisto di salvocondotto, compare per mezzo di mandatario . . . . . » 418
210. Riconoscimento, esame ed accertamento dei libri di commercio da parte del fallito — Loro chiusura . . . . . » 421
211. L'esazione dei crediti da parte del curatore provvisorio — Osservanza delle cautele prescritte dal giudice delegato . . . . . » 423
212. Gli atti conservativi fatti dal curatore provvisorio contro i debitori del fallito — Nuove iscrizioni ipotecarie in nome della massa . . . . . » 424
213. Certificato del cancelliere che prova la nomina del curatore . . . . . » 430
214. Esazione di crediti continuata dal curatore definitivo — La sorveglianza della delegazione dei creditori . . . . . » »
215. Il curatore riceve e legge la corrispondenza del fallito . . . . . » 432
216. Il fallito assiste all'apertura della corrispondenza e chiede la consegna di quella che non riguarda la gestione patrimoniale . . . . . » 435
217. La violazione del segreto epistolare — Il rimedio proposto dal legislatore commerciale . . . . . » 436
218. L'autorizzazione del giudice delegato per la vendita delle cose che *servando servari non possunt* . . . . . » 438
219. La continuazione del commercio del fallito — L'industria del fallito è il suo commercio . . . . . » 442
220. Il giudice delegato determina le forme, le cautele e le condizioni della vendita e della continuazione del commercio . . . . . » 445
221. L'ordinanza del giudice delegato, quantunque provvisoriamente esecutiva, è soggetta a richiamo . . . . . » 447
222. Il curatore, per eccezione e coll'autorizzazione del giudice delegato, può amministrare per mandatari retribuiti da lui stesso . . . . . » 450
223. Gli *aiutanti* non assumono la responsabilità civile dei loro atti — Chi stipendia codesti aiutanti del curatore? . . . . . » 453
224. Il fallito può essere scelto a coadiuvare il curatore — Condizioni della sua prestazione d'opera fissate dal giudice delegato . . . . . » 456
225. Deliberazione dei creditori intorno alla concessione, circa le modalità della amministrazione, fatta al curatore . . . . . » 459
ART. 752. . . . . » 461
226. Carattere della disposizione dell'art. 752 in rapporto coll'art. 735 Codice commerciale . . . . . » »

227. Autonomia del giudice delegato nel concedere soccorsi al fallito — Il curatore — La delegazione dei creditori . . . . . *Pag.* 463
228. Qualità dei soccorsi e loro quantità — Carattere alimentizio della fornitura » 465
229. Richiami contro l'ordinanza del giudice delegato . . . . . » 466
230. Carattere limitato della autonomia del giudice delegato — La deliberazione dei creditori dopo l'adunanza di chiusura del processo verbale di verificazione dei creditori . . . . . » 467
ART. 753-754. . . . . » 468
231. Deposito giudiziale del danaro riscosso o comunque esatto dal curatore per conto del fallimento . . . . . » 469
232. Il giudice delegato riconosce quali somme sieno necessarie alle spese di giustizia e d'amministrazione . . . . . » 470
233. Il deposito dev'essere fatto dal curatore entro giorni tre dalle avvenute esazioni . . . . . » »
234. Il curatore è tenuto a prestare gli interessi delle somme non ancora depositate — Gli interessi saranno civili o commerciali? . . . . . » 472
235. L'ordinanza del giudice delegato autorizza a ritirare il danaro depositato » 474
236. La rivocazione dei sequestri eventualmente esistenti, chiesta dal curatore » 476
ART. 755-756. . . . . » 477
237. La delegazione dei creditori esamina mensilmente la gestione del curatore, sul prospetto sommario che questi le presenta . . . . . » 478
238. Il giudice delegato può concedere anche un periodo trimestrale — Il curatore può presentare il prospetto in un termine più breve di un mese? . . » 480
239. Il curatore è tenuto a presentare, entro quindici giorni dall'assunzione dell'ufficio, al giudice delegato una succinta relazione sul fallimento — Carattere di tale relazione . . . . . » 481
240. Il giudice delegato sorveglia l'adempimento di quest'obbligo . . . . . » 483
241. La relazione e il conto del fallimento presentati dal curatore vengono trasmessi al procuratore del Re — Le osservazioni del giudice delegato . » »
242. Il procuratore del Re è avvisato dal giudice delegato del ritardo nella presentazione della relazione e delle cause per cui il ritardo si avvera . » 485
243. Responsabilità del curatore. — Il giudice delegato può costringere, anche con pene pecuniarie, il curatore a presentare la sua relazione ed il conto nel termine più breve — Fissazione di questo termine — Carattere delle pene pecuniarie . . . . . » 486
ART. 757. . . . . » 488
244. L'art. 757 e gli art. 717 a 720 — La consegna delle carte e del patrimonio del fallimento e il rendiconto dell'amministrazione, fatti dal curatore che esce al curatore che subentra . . . . . » 489
245. L'art. 757 e gli art. 739 e 740 — La prosecuzione dell'inventario e il curatore cessante . . . . . » 492
246. L'approvazione dei creditori e il rendimento del conto da parte del curatore cessante — Epoca della deliberazione e della approvazione del rendiconto » 471
247. Gli eredi ed i rappresentanti del curatore defunto, od interdetto, assumono gli obblighi del curatore per il rendimento del conto e la consegna delle carte e del patrimonio del fallimento. . . . . » 493
248. La responsabilità del curatore dopo la sua cessazione dall'ufficio — Rinvio agli articoli 815 e 921 . . . . . » 494
249. La convocazione dei creditori, compiuta la liquidazione dell'attivo, per deliberare sul rendiconto del curatore — Il terzo e il quinto alinea dell'articolo 757 . . . . . » 495
250. La citazione del fallito alle adunanze dei creditori pel rendimento del conto » 497

TITOLO III.

Della liquidazione del passivo.

CAPO I.

Della verificazione dei crediti.

ART. 758-760. . . . . *Pag.* 498
251. Liquidazione del passivo, in che consista . . . . . » 499
252. Necessità della verificazione dei crediti . . . . . » 500
253. Quali creditori siano ammessi a presentare la dichiarazione dei loro crediti » 501
254. La dichiarazione e i titoli dei creditori perchè si depositino nella cancelleria del tribunale . . . . . » 505
255. Il termine entro cui si deve fare dai creditori il deposito dei titoli . . . » 506
256. La prova del fatto deposito e lo *stato* formato dal cancelliere . . . . . » 610
257. I creditori residenti all'estero e la proroga accordata loro dal giudice delegato . . . . . » 513
258. La proroga è comunicata a tutti i creditori . . . . . » 519
259. La forma e il contenuto della dichiarazione dei crediti . . . . . » 521
260. Il creditore deve dichiarare il carattere del suo credito — Il creditore deve sottoscrivere la sua dichiarazione — Facoltà di accordare mandato speciale a chiunque, per l'affermazione del carattere del credito e per la firma della dichiarazione . . . . . » 523
261. Il domicilio del creditore dev'essere nel Comune ove risiede il tribunale — Sanzione contro il creditore che a ciò non si uniformi . . . . . » 528
ART. 761-762. . . . . » 530
262. Il giudice delegato nella verifica dei crediti — Modo della verifica . . . » 531
263. Facoltà accordate al giudice delegato per giungere alla sicura verifica dei crediti — Le varie persone di cui il giudice delegato può ordinare l'intervento o la comparizione . . . . . » 533
264. Contenuto del processo verbale della verificazione dei crediti — Chi stende il processo verbale . . . . . » 537
265. Crediti che si ammettono al passivo del fallimento — Crediti non contestati — Crediti che il giudice delegato reputa giustificati . . . . . » 538
266. Annotazioni del giudice delegato riguardo ai crediti non ammessi al passivo » 540
267. Sospensione d'ogni decisione riguardo ai crediti non ammessi al passivo . » 541
268. Il curatore avvisa *specialmente* il titolare dei crediti non ammessi — Condizioni richieste per questa misura . . . . . » 542
ART. 763-764. . . . . » 543
269. I nuovi obblighi del giudice delegato secondo l'art. 763 — Il giudice delegato in funzione nel giorno dell'adunanza per la chiusura del processo verbale — Epoca di questa adunanza — Esame di tutti i crediti — Contraddittorio degli interessati: Chi sono costoro — Come si applichino dal giudice delegato le facoltà concessegli dall'art. 761 . . . . . » 544
270. Facoltà del fallito e dei creditori d'assistere ed opporsi alle verificazioni — Cattiva locuzione della legge — *Quid* riguardo al curatore . . . . » 549
271. Ammessione al passivo di crediti non contestati — Valore della frase: « che da tutti gli interessati si riconoscano giustificati » — Modo dell'ammessione . . . . . » 553
272. Crediti commerciali contestati di valore non superiore alla competenza pretoria — Decisione del giudice delegato ed appello al tribunale . . . » 558

273. I crediti commerciali contestati superiori alla competenza pretoria . . *Pag.* 562
274. I crediti contestati civili e gli obblighi del giudice delegato . . . . . » 564
275. La competenza pretoria per valore, riguardo ai crediti civili contestati . » 566
276. Epoca dell'udienza fissa per la decisione dei crediti contestati . . . . . » 567
277. Sistema della presentazione delle dichiarazioni sui crediti e delle opposizioni dopo la chiusura del processo verbale — Epoca del deposito in cancelleria . . . . . » 570
278. L'epoca dell'udienza per la decisione delle controversie posteriori alla chiusura del processo verbale . . . . . » 577
ART. 765-766. . . . . » 580
279. L'esame delle contestazioni in contraddittorio del curatore e delle persone indicate negli art. 761 e 763, fatto dal magistrato a cui il giudice delegato ha rimesse le contestazioni . . . . . » 581
280. La sentenza dell'art. 765 e le procedure particolari a certi crediti — L'art. 765 e l'art. 913 . . . . . » 583
281. L'ammessione provvisoria del tribunale di commercio — Le contestazioni rinviate alla giurisdizione civile e l'esercizio dei diritti del creditore nelle deliberazioni del fallimento — L'ammissione provvisoria non pregiudica la decisione definitiva del giudice competente sul merito della contestazione . . . . . » 585
282. La decisione del tribunale di commercio riguardo al credito contro cui pende procedimento penale iniziato secondo le disposizioni dell'art. 694 Codice di commercio . . . . . » 591
ART. 767-768. . . . . » 594
283. Ammessione provvisoria dei creditori, privilegiati o ipotecari, alle deliberazioni del fallimento — La provvisorietà delle ammessioni quando e come cessi — L'art. 834 . . . . . » 595
284. Ammessione al passivo dei crediti infruttiferi — Condizione per tale ammessione . . . . . » 601
285. La logismografia bancaria dell'art. 768 — La data . . . . . » 604
286. Trattamento dei crediti fruttiferi come illazione del disposto dell'art. 768 » 609
ART. 769-770. . . . . » 610
287. La verificazione dei crediti dei creditori residenti all'estero, presentati nel termine prorogato dall'art. 759 . . . . . » 611
288. Procedura da seguirsi in questa verifica *suppletoria* . . . . . » 612
289. Ultimo termine di dichiarazione di crediti — Creditori conosciuti e non conosciuti — Contraddittorio del curatore . . . . . » 614
290. Facoltà del tribunale d'ammettere provvisoriamente tali crediti subordinata alla osservanza delle *precedenti disposizioni* — L'articolo 770 e l'art. 913 . . . . . » 619
291. Casi in cui può farsi luogo alla tardiva opposizione contro le avvenute ammissioni di crediti:
a) scoperta di falsità;
b) dolo;
c) errori essenziali di fatto;
d) rinvenimento di titoli dapprima ignorati . . . . . » 623
292. Effetti di tali opposizioni per ciascuno di simili casi . . . . . » 631
293. Carico delle spese delle dichiarazioni ed opposizioni tardive — Errori della legge riguardo alle tardive opposizioni . . . . . » »
294. Il nome del titolo V — Rinvio al commento di questo titolo — Pochi cenni per legare l'art. 770 con le disposizioni di quel titolo . . . . . » 634

Capo II.

Delle varie specie di creditori.

ART. 771. . . . . *Pag.* 635
295. Uguaglianza dei creditori riguardo alle deliberazioni del fallimento . . » 636
296. Eccezioni riguardo ai creditori pignoratizi, ipotecari o altrimenti privilegiati per la ripartizione dell'attivo . . . . . » 638
297. Le stesse eccezioni riguardo all'intervento nel concordato . . . . . » 639

Sezione 1.

Dei creditori con pegno od altro privilegio sui beni mobili.

ART. 772. . . . . *Pag.* 640
298. Facoltà del curatore per l'art. 772 — Autorizzazione del giudice delegato » 641
299. Riscatto del pegno e pagamento del creditore pignoratizio — Momento dell'operazione. . . . . » 644
300. Vendita dell'oggetto oppignorato ai pubblici incanti — Diritto d'opposizione da parte del creditore — Condizione per l'esercizio di tale diritto » 647
301. Pagamento del creditore pignoratizio col prezzo ricavato dalla vendita del pegno — Residuo del prezzo acquistato all'attivo del fallimento — *Quid juris* nel caso d'insufficienza del prezzo per pagare il creditore pignoratizio. . . . . » 650
ART. 773. . . . . » 651
302. Il sistema dei privilegi qual'è organizzato nel Codice civile è conservato nel Codice di commercio . . . . . » 652
303. Eccezioni e modificazioni a quel sistema portate dalla legge commerciale — Importanza dell'art. 773 . . . . . » 667
304. L'articolo 1956 del Codice civile, il numero 1° dell'articolo 773 del Codice di commercio e i salari lucrati dalle persone impiegate dal fallito direttamente nel mese che precede immediatamente la dichiarazione del fallimento . . . . . » 676
305. Differenza tra il privilegio degli institori e dei commessi del commerciante e quello degli impiegati parificati alle persone di servizio per l'articolo 1956 del Codice civile — Gli operai impiegati direttamente dal fallito e le costui persone di servizio — Analisi del coordinamento dell'articolo 773, numero 1° del Codice di commercio e l'art. 1956 del Codice civile . . . . . » 681
306. Il diritto dei terzi sugli oggetti usciti dai magazzini o dai luoghi ove si esercita l'industria o il commercio del fallito, e il privilegio del locatore su tali oggetti secondo l'art. 1958, n. 3° del Codice civile — L'eccezione di sottrazione fraudolenta — Momento dell'uscita delle merci: vitalità del privilegio del locatore e momento della frode . . . . . » 685
307. La *buona uscita* pagata al locatore dalla massa dei creditori per cessazione della locazione, secondo l'art. 703 del Codice di commercio e la nascita e vita del privilegio del locatore secondo il n. 3° dell'art. 1958 del Codice civile . . . . . » 690
308. Il privilegio sui mobili esteso agli immobili per destinazione . . . . . » 691
309. Le macchine d'importante valore impiegate nella industria del fallito, godono il privilegio del n. 6° dell'art. 1958 del Codice civile — Epoche necessarie perchè il venditore non pagato delle macchine ottenga il privilegio pel suo credito. . . . . » 692

310. Supposizione del legislatore riguardo alla qualità di straniero nel venditore di tali macchine — Le altre condizioni per cui il venditore delle macchine può fruire del privilegio — Trascrizione del documento che prova la vendita ed il conseguente credito nello speciale registro pubblico — Cos'è, dov'è e come funziona ed è tenuto codesto registro . . . . . *Pag.* 696

ART. 774-775. . . . . » 700

311. L'elenco dei creditori pignoratizi e privilegiati presentato dal curatore al giudice delegato . . . . . » »

312. La decisione delle contestazioni sull'esistenza del privilegio e l'applicazione delle disposizioni dell'art. 763 e seguenti . . . . . » 701

313. Condizioni perchè i creditori privilegiati sui mobili concorrano coi chirografari nella distribuzione del resto dell'attivo . . . . . » 702

314. Il prezzo dei mobili soggetti a speciale privilegio e il pagamento dei creditori su loro privilegiati — L'articolo 775 e l'articolo 809 del Codice di commercio . . . . . » »

SEZIONE II.

Dei creditori privilegiati od ipotecari sugli immobili.

ART. 776-777. . . . . *Pag.* 703

315. Il sistema dei privilegi sugli immobili e delle ipoteche secondo il Codice civile — Applicazione di questo sistema di fronte agli art. 776 a 779 del Codice commerciale — L'art. 1993 del Codice civile . . . . . » 704

316. La posizione dei creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari di fronte alle ripartizioni d'attivo del fallimento . . . . . » 707

317. Condizioni e limiti del concorso dei creditori privilegiati sugli immobili ipotecari alle ripartizioni, che precedono la distribuzione del prezzo degli immobili . . . . . » 708

318. Creditori privilegiati sugli immobili od ipotecari collocati sul prezzo ricavato dalla vendita degli immobili — Misura della distribuzione a cui hanno diritto . . . . . » 709

319. Deduzione delle quote già avute — Quali sono codeste quote e come e quando simili creditori le ricevettero — A chi si devolve il residuo eventuale del prezzo degli immobili, quando sono stati pagati tutti i creditori su quello privilegiati . . . . . » 710

320. I creditori privilegiati sugli immobili e ipotecari e le disposizioni degli articoli 700, 709, 710, 767, 779, 791, 809 e 834 del Codice di commercio — Rinvio . . . . . » 711

ART. 778-779. . . . . » 712

321. Creditori ipotecari o privilegiati sugli immobili non collocati che in parte sul prezzo degli immobili — Come si regolano i loro diritti sulla massa chirografaria . . . . . » »

322. La surrogazione della massa in loro luogo, per ciò che conseguirono per il disposto dell'art. 776 . . . . . » 713

323. La collocazione non fatta in grado utile sul prezzo degli immobili — Richiamo al § 318 . . . . . » »

324. Applicazione delle disposizioni dell'art. 775, relative ai creditori con pegno o privilegiati sui mobili — Richiamo al § 313 . . . . . » 714

SEZIONE III.

Dei diritti della moglie del fallito.

ART. 780-781. . . . . *Pag.* 715
325. Il contratto di matrimonio nel diritto civile italiano e le modificazioni apportatevi dal diritto commerciale . . . . . » 716
326. Il regime dotale e quello della comunione degli utili — Beni dotali e beni parafernali — Aumento del patrimonio della moglie mediante successione testamentaria o legittima, donazione o acquisto contrattuale . » 721
327. Il legislatore commerciale distingue i beni immobili dai beni mobili, qualunque sia la forma e la qualità del contratto matrimoniale — Distingue i beni immobili appartenenti alla moglie durante il matrimonio, da quelli pervenutile durante il matrimonio o questo cessato, ma dopo la dichiarazione di fallimento — *Quid juris* riguardo ai beni pervenuti alla moglie dopo la morte del fallito, ma prima della dichiarazione di fallimento . . . . . » 724
328. La rescissione del matrimonio per la separazione legale dei coniugi — Applicazione del diritto civile — *Quid juris*, quando esista l'istituto del divorzio e i coniugi sieno divorziati . . . . . » 728
329. Diritto di ritenzione della moglie sui beni dotali e parafernali immobili; percezione dei frutti da tali beni derivanti — Ugual diritto pei beni della moglie ereditati, od a lei « *pervenuti in dipendenza di rapporti giuridici* » anteriori al matrimonio . . . . . » 730
330. Alienazione di beni alla moglie appartenenti al tempo del matrimonio ed acquisto « *da essa ed in suo nome* » fatto di altri beni col danaro proveniente da quella vendita — Considerazione sul caso in cui siansi venduti beni mobili, ed acquistati beni immobili: inversione della ipotesi — Permuta . . . . . » 734
331. Condizioni opposte dall'art. 781 del Codice di commercio, agli usi presumibili nell'alienazione ed acquisto di beni immobili da parte della moglie — Acquisto fatto dalla moglie e in nome proprio — Interpretazione della clausola « *da essa ed in suo nome acquistati* » — Espressa dichiarazione dell'impiego del danaro — Accertamento della provenienza del danaro mediante inventario — La *data certa* degli atti — Rinvio all'articolo 784 Codice di commercio . . . . . » 736
ART. 782. . . . . » 740
332. Le ipotesi degli articoli 780 e 781 diventano casi eccezionali — La disposizione dell'art. 782 — La comunione universale degli utili — Presunzione dell'art. 782 . . . . . » »
333. Effetto di questa presunzione — Riunione dei beni alla massa del fallimento, secondo l'art. 782 — La moglie prova contro la presunzione — Effetti di questa prova . . . . . » 741
ART. 783. . . . . » 744
334. Disposizione dell'art. 783 pei beni mobili della moglie — L'identità di questi beni provato con inventario od altro atto — La *data certa:* secondo rinvio all'art. 784 . . . . . » »
335. Diritto di ritenzione accordato in favore della moglie quanto ai mobili — Provenienza di codesti mobili — Reimpiego del danaro — Prove di codesto reimpiego — Non avvenuto reimpiego — Concomitanza della prova della provenienza del danaro e dell'avvenuto reimpiego — Sufficienza della provata origine del danaro . . . . . » 747

336. Presunzione di proprietà dei mobili in favore del marito — L'art. 1401 del Codice civile colpisce questi beni in qualunque ipotesi, quando non sieno interamente applicabili le disposizioni dei due primi comma dell'articolo in esame — Ammessione della prova contraria in favore della moglie contro la presunzione legale *juris tantum* . . . . . *Pag.* 749

ART. **784**. . . . . » 752

337. La *data certa* degli atti secondo l'art. 1327 del Codice civile — La esclusione delle prove stabilite dal Codice di commercio agli art. 44 e 45 . » »

338. Eccezioni riguardanti alcune specie di beni — Enumerazione tassativa od enumerazione dimostrativa? — La prova dell'acquisto non è la prova della origine del danaro in esso impiegato — Vacuità della prova dell'acquisto non colludente con la prova della provenienza del danaro — Applicazione agli art. 781 e 783 — Applicazione all'art. 782 . . . » 754

ART. **785**. . . . . » 756

339. Interpretazione e commento dell'art. 785 . . . . . » »

ART. **786-787**. . . . . » »

340. I diritti della moglie garantiti mediante ipoteca — Quali beni del marito vengano colpiti dalla ipoteca legale in favor della moglie per la garantia della dote . . . . . » 757

341. Il marito *commerciante* al tempo della celebrazione del matrimonio — Diventa *commerciante* entro l'anno successivo — Diventa *commerciante* passato il primo anno del matrimonio . . . . . » 759

342. Reciproca decadenza dei vantaggi pattuiti nel contratto nuziale tanto a favore della moglie quanto a favor del marito — Quando ha luogo codesta decadenza . . . . . » 760

343. Rigidità della presunzione *juris tantum* dell'articolo 787 — Debiti pagati dalla moglie a liberazione del marito — Crediti della moglie verso il marito — La moglie ammessa alla prova contraria alla presunzione . » 761

344. Ammessione della moglie al passivo del fallimento, come creditrice del marito — Origine del credito — Le disposizioni dell'art. 1407 del Codice civile e le azioni della massa verso la moglie . . . . . » 762

SEZIONE IV.

Dei coobbligati e dei fideiussori.

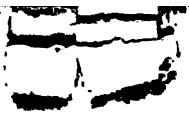
ART. **788-789**. . . . . *Pag.* 765

345. Condizione fatta al creditore contemplato nell'art. 788 — Estremi che devono concorrere per l'applicazione di questo principio . . . . . » 766

346. Partecipazione integrale pel valor nominale del credito ad ogni ripartizione su caduna massa . . . . . » 769

347. Supposizione dell'articolo 789 — Principio che governa tali ipotesi . . » 770

348. Regresso delle masse l'una contro le altre — Condizione dell'esercizio del diritto di regresso — Proporzionalità del rifacimento chiesto nell'azione di regresso . . . . . » 772

349. Addizione dei dividendi assegnati al creditore di vari fallimenti — Eccedenza della somma risultante dalla addizione del credito e devoluzione dell'eccedenza — Ipotesi nel caso di garantia reciproca tra i coobbligati — Devoluzione della eccedenza alle masse di fallimento dei coobbligati di reciproca garantia . . . . . » 773

ART. 790-791. . . . . *Pag.* 775
350. Applicazione dell'articolo 788 colle modificazioni recatevi dall'articolo 790, 1° alinea — Conservazione dei diritti dei crediti verso i coobbligati — I fideiussori e la fideiussione . . . . . » 776
351. Ammessione alla massa del fallimento del coobbligato; del fideiussore — Condizioni dell'ammessione . . . . . » 779
352. Diritti del comun creditore sui dividendi assegnati al coobbligato o al fideiussore — Limitazione delle azioni che competono al creditore . . . . » 781
353. L'art. 791 e gli art. 767; 771 a 775; 776 a 779; 809 — Ancora l'art. 791 e gli art. 719, 794, 809, 828 e 833 . . . . . » 783
354. L'ipoteca e il pegno *sub condictione* — Qualità della condizione. . . . » 786
355. Somma per cui il creditore coobbligato o fideiussore è compreso nella massa del fallimento — Computo di questa somma pel calcolo della maggioranza nelle deliberazioni dei creditori del fallimento . . . . . » 787
356. A chi appartiene il prezzo dei beni ipotecati o del pegno — Questo prezzo si deduce, pagandolo, dalla somma dovuta al creditore . . . . . » 788
ART. 792. . . . . » 789
357. Valore e scopo dell'art. 792 — Ipotesi in esso contemplata . . . . . » »
358. Conservazione dell'azione contro i coobbligati e fideiussori — Concordato anteriore al fallimento — Rapporti tra il fallito ed i suoi creditori per l'art. 790 — Rapporti tra il comun creditore e i condebitori solidali o i fideiussori . . . . . » 790